CONSILIORUM SEV RESPONSORUM IURIS,

D. HIERONYMI SCHURPF, DE SANCTO GALLO, IURECONSULTI CLARISSIMI

CENTURIA SECUNDA.

CUM SUMMARIIS SINGULIS CONSILIIS PRAEFIXIS, UNA CUM INDICE RERUM ET verborum insignium accuratissimo & locupletissimo.



Cum Gratia & Priuilegio Imperiali ad octennium.

FRANCOFORTI AD MOENUM,
Typis Ioannis Saurii, Impensis Vincentii Steinmeyeri.

M. D C. XII.

DOMINI HIERONYMI SCHVRPF, IVRISCONSVLTI CLARISSIMI, RESPONSORVM, SIVE CONSILIORVM IVRIS CENTVRIA Altera.

THEMA CONSILII I.

VTrum in dignitate electoria, mortuo principe electore relicto filio secundo genito, & nepote ex filio primogenito præmortuo, præferatur filius secundo genitus, vel nepos ex filio primogenito.

SVMMARIA.

1 *Nepotes non debent esse melioris conditionis, quam filij.*
2 *Ius filiationis est separatum à iure succedendi.*
3 *Ius non competens, non transmittitur ad hæredes.*
4 *Nepos succedens auo, non succedit ex persona patris, sed propria.*
5 *Non debet attendi fictio sed veritas.*
6 *Consuetudo in dubio respicit naturalem veritatem, & non fictionem.*
7 *Qualitas ætatis non est transmissibilis ad hæredes.*
8 *Duo specialia non possunt concurrere circa idem.*
9 *Sententia principis facit legem.*
10 *Vbi sunt opiniones, seruatur ius Canonicum in vtroque foro.*
11 *Filius est portio paterni corporis*
12 *Corpus & caro filij, vere corpus & caro patris dici potest.*
13 *Vt aliquid dicatur verum, sufficit, quod habeat aliquid veritatis admixtum.*
14 *Non dicitur mortuus primo genitus, qui reliquit nepotem.*
15 *Pater & filius natura censentur eadem persona.*
16 *Surrogatum sapit naturam eius, in cuius locum surrogatur.*
17 *Statutum recipit interpretationem extensiuam, passiue.*
18 *In lectura ordinaria cessat omnis affectio.*
19 *De similibus ad similia procedendum.*
20 *Tenor constitutionis in primis considerandus.*
21 *In omni dubio, primo recurrendum est ad verba.*
22 *Hæreditas patris non dicitur debita filijs, sed quasi debita.*
23 *Ad tollendum consequentiam, sufficit dare instantiam.*

CONSILIVM I.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. In quæstione proposita, & facti contingentia, quæ talis est: Illustrissimus Princeps Elector, &c. D. Christophorus, habuit duos filios, Dominũ Sigismundum primogenitum, & ex eo nepotem, Dominum Carolum, & filium secundo genitum, Dominum Maximilianũ: postea decessit filius primogenitus, dominus scilicet Sigismundus, superuiuente patre suo, scilicet Principe Electore, Domino Christophoro: Deinde mortuus est etiam pater, dominus Christophorus, Princeps Elector, relictis post se Domino Carolo nepote suo, ex filio Sigismundo primogenito prædefuncto, & Maximiliano filio suo secundo genito. Quæritur nunc: Quum dignitas Electoria, seu ius eligendi Regem Romanorum, siue Imperatorem, competens principib. Electorib. laicis Alemaniæ, ex concessione & lege speciali serenissimi Domini Imperatoris Caroli Quarti, felicis recordationis, deferatur, mortuo vno ex illis principib. Electorib. filio suo primogenito tantũ, exclusis alijs, an in huiusmodi dignitate Electoria succedat Dominus Carolus, nepos ex filio primogenito præmortuo excluso domino Maximiliano, patruo suo, & filio secundo genito defuncti principis Electoris Domini Christophori. Vel secundo genitus succedat excluso nepote ex primogenito defuncto. Quia boni Consulentis est, omissis superfluis & generalibus vti breuitate qua Moderni gaudent, adducam efficacia fundamenta, tantum quæ ad propositum facere videntur, & in primis quæ stringunt, pro domino Maximiliano filio secundo genito, quod in illa dignitate Electoria omnino excludat nepotem defuncti Principis ex filio primogenito præmortuo. Et primum pro ista opinione facit tex. in l. si viua, circa medium, ibi, non tamen ab re est: vt in hoc casu deteriores esse nepotib. filii non finantur. C. de bon. mat. vbi tex. apertus, † quod nepotes non debeant melioris esse conditionis, quam filii. Ita decidit ibi Cynus, dicens: Nota ex hac lectura optimũ argumentum, quod si decesserit Rex relicto filio, & nepote ex primogenito filio, quod filius in regno præferatur, ne videatur esse deterioris conditionis, quam nepos. 1

Nec obstat, dicit, quod nepotes repræsentant personam patris. *Authen. post fratres. l. 1. C. de legitim. hæred.* quia habet locum in hæreditate diuisibili. Sed quum regnum sit indiuisibile, non possum dicere, quod succedat nepos, & filius, ne ergo reperiatur filius deterioris conditionis, quam nepos, dicendum videtur ipsum filium admitti ad regnum, &c. Sicut hic dignitas Electoria est indiuisibilis. *Et idem refert & sequitur Salyc. in d. l. si viua, (mihi, in 2. colum.) versicul Item facit, quod si decessit Rex, quam partem etiam ibi sentit Bald. in versicul. Hæc litera,* estque optimum argumentum; &c.

Secundo facit ratio Bart. in d. Auth. post fratres, eandem opinionem tenentis: quia negari non potest, quod filius primogenitus non venit in terminis propositis ad dignitatem scilicet Electoriam, ex persona patris, sed ex concessione, siue speciali prouisione, & lege Caroli IIII. de qua in aurea Bulla.

Tertio quia ius succedendi in dignitate, competens ex statuto vel consuetudine filio primogenito, si superuiueret mortem patris, est separatum à iure filiationis, † sicut indistincte ius filiationis, est separatum à succedendi iure, quia filius habet spem succedendi. *l. nec ei, §. præterea. ff. de adoptio.* & ideo mortuo filio primi gradus; nepos eius succedit in illud ius succedẽdi, quia ius patris sumit. *l. 1. §. suus, cum vulga. ff. de suis & legit. hæred.* Si igitur nepos succedit in ius huiusmodi patris sui filij primogeniti, ergo tale ius est separatum à iure filiationis, quum in illo non succedat, sed extinguitur cum persona filij primogeniti patris scilicet eius. Et sic patet; quod nepos præmortuo patri suo filio scilicet primogenito, non 2

 succedit

succedit in ius filiationis primogeniti, cui qualitati filiationis, scilicet primogenituræ, videtur competere ius succedendi in tali dignitate, virtute statuti scilicet, vel consuetudinis huiusmodi. *Et quod ius succedendi sit separatum à iure filiationis, pulchre declarant Bar. & Moder. in l. is potest. ff. de acquir. hered.*

Quarto multum stringit, quia tempore mortis, scilicet primogeniti, superuiuente patre suo, huiusmodi ius succedendi in dignitate, non competebat ei actu. Er-
3 go non transmittit ad filium suum, quia † ius non competens, non transmittitur ad hæredes eius etiam liberos. *l. vnica, §. pro secundo, C. de caducis tollend. l. vnica. C. de his*
4 *qui ante apert. tabul.* Et † licet nepos in successione aui etiam in feudo succedit, in locum filii, tamen hoc non intelligitur, quod nepos succedat ex persona patris, tanquam ex iure transmisso ad se per patrem, sed quod succedat in gradu primo, ex propria tamen persona, & ex iure proprio. Non enim potest succedere ex persona patris, quasi ex iure transmisso, quum hæreditas filio patre scilicet suo in vita sua non fuerit delata. *& quod nepos non succedat ex persona patris, &c. patet per textum in l. Si auus, Cod. de liberis prater. & exhared. l. 1. §. si sit nepos. ff. de collat. dot. l. 1. §. si sit filius, ff. de conting. in emancipa. liber. & vtrobique Bartol.* Hinc notanter dicit Bald. in d. l. Si auus. in quarta oppositio. quod nepos succedat in locum patris per priuationem, non autem per transmissionem. Subiungens, quod ille dicitur succedere in locum alterius priuatiue, qui ex sua persona propria succedit, amoto obstaculo, quod videbatur obstare. *l. Gallus. §. Et quid si tantum, ff. de liberis & posthum. & ita loquitur d. l. Si auus.*

Nam si filius succederet in locum patris transmissiue, tunc filio, patre scilicet nepotis instituto hærede à patre suo, auo nepotis, non esset necesse nepotem instituere, quum transmissio fiat, cum iisdem qualitatibus, quod tamen est falsum: quia si nepos non reperitur institutus, testamentum aui sui redditur nullum, mortuo scilicet filio, viuente patre suo, & auo nepotis, *vt d. l. Si auus, & l. posthumum, cum similibus, ff. de inoffic. testamen.* Si ergo nepos non venit mortuo filio, patre scilicet suo ex iure transmisso, sed ex proprio iure. Ergo nec ius primogenituræ ad ipsum transmissum est, quoad successionem, quia est vna qualitas succedendi, quæ non potest sine subiecto stare: & ista ratio valde stringit pro illa opinione, *quam latius prosequitur Franc. de Aret. in cons. 164. incipi. Diligenter & mature discussis, mihi, ad fin. 2. col. cum prin. seq. cons.*

Quinto, quia quod nepos succedit in locum patris, id est, sicut filius tenebat primum gradum, ita nepos, subducto scilicet filio, ita censetur etiam primogenitus, nepos. Sed hoc non est nisi ficte & improprie, quia vere nec ipse est primogenitus, nec immediate conceptus ab auo, sed mediante filio, quum sit contra natu-
5 rales terminos. Sed † nos non debemus attendere fictionem, sed veritatem, *l. 3. §. Hac verba, cum similibus. ff. de negot. gest. Illa est ratio Socyn pro illa opinione, per Baldum in l. cum antiquioribus, C. de iure deliber. adducta.* Et sic verba posita in d. constitutione Caroli Quarti, quod primogenitus debeat succedere in dignitate Electoria, debent intelligi de vero constituto in eodem gradu; & de vero primogenito, & non ficto & improprio, vt est nepos natus ex primogenito, &c. & confirmatur illa ratio ex decisione Baldi post Iacob. Butr. in l. Quotiens, *(mihi, in 2. colum.) versicul. Et hæc faciunt ad quæstionem*, vbi dicit, quod consuetudo faciens mentionem de primogenito, intelligatur de vero primogenito, nec attendatur fi-
6 ctio, quia † consuetudo respicit in dubio naturalem veritatem, & non fictionem, *l. vltima, C. de his qui ve. ætat. impe.* & accedit Regula; scilicet, quod statutum, vel consuetudo contra ius commune, debet intelligi in casu vero, & non ficto, nec ad fictum trahi debet. *d. l. 3. §. Hæc verba, secundum Bartolum in l. quandoque, ff. de acquirend. hæreditat. Ioann. Andr. in cap finali, de consuetudi. in 6. nouella.* & hoc maxime procedit, quando fictio tendit in præiudicium, sicut in præsentiarum tenderet in præiudicium filii secundogeniti, *vt declarat Ioannes Andr. in regul. Sine culpa, de regul. iur. in Mercuria.* Sed clarum est, quod statutum vel consuetudo, scilicet, quod primogenitus tantum succedit, exclusis aliis, qui de iure communi cum eo succedunt, dicitur esse contra ius commune. Ergo isto casu non comprehenditur casus fictus, & per consequens, nepos non debet dici primogenitus: & subiungit Franciscus de Aret. in d. consil. 164. *(mihi, in 3. colum.) versicul. Sed quod primogenitus.* quod istæ duæ rationes fortiter vrgent.

Sexto, quia † qualitas ætatis non est transmissibilis, 7
ad hæredes, *per ea, quæ habentur in l. petendæ, Cod. de tempor. in integrum restitu. l. Hemylius, cum similibus, ff. de minor.* Et est secunda ratio Baldi in d. l. Cum antiquioribus, pro illa opinione, quia ius quod non est cessibile, non est transmissibile. *l. Ex plurib. ff. de administ. tutor.* Sed ius ætatis non potest cedi. *§. Huic, cum sim. ff. loca.* Nemo enim sanæ mentis dicit ætatem filii esse ætatem nepotis. *l. fin. §. final. ff. de adopt.* & sic ætas veluti res personalissima, extinguitur cum persona.

Septimo, quia dispositio vel consuetudo, præferens primogenitum, est irrationabilis & odiosa, &c. *Bald. in l. omnes populi, ff. de iustitia & iure.* ideo non debet extendi ad alium casum, vel aliam personam, tum quia est contra ius, tum quia est contra naturalem æquitatem, *de qua in l. maximum vitium. ibi, quia enim tales differentias inducunt, quasi accusatores naturæ existunt. Cod. de liberis præteritis & exheredatis.*

Octauo, quia si nepos ex filio primogenito prædefuncto, excluderet patruum suum, filium scilicet secundo genitum, concurrerent duo specialia, scilicet duæ fictiones circa idem, & ex eadem causa. Prima fictio, quia si nepos mortuo patre suo, fingitur esse in primo gradu. Idem, secunda, fingeretur esse primogenitus, quum vere, nec in primo gradu, nec primogenitus sit. Sed † duo 8
specialia non possunt concurrere circa idem, & ex eadem causa, *l. 1. in fine, cum ibi notat. Cod. de dot. promissio. Bartol. in l. si illud aliquando. ff. de acquirend. possessio. cum similibus.* Ideo nepos ex primogenito prædefuncto, non potest simul fingi constitutus in primo gradu & primogenitus. Ergo, &c.

Nono, & est prima ratio Bald. in d. l. cum antiquioribus. Nam in contingentia facti, inter Regem Robertum, filium secundogenitum Caroli, & Regem Hungariæ, nepotem ex filio primogenito prædefuncto, cum quærebatur, cui scilicet debeatur feudum regni Siciliæ: Bonifacius Octauus pronunciauit, pro secundo genito, excluso nepote ex primogenito prædefuncto. Et sic pro ista parte videtur casus l. secundum Bald in d. l. cum antiquioribus, *(mihi, in 7. col.)* dicens & ideo, vbi est casus legis, nulla est dubitatio. Sed casus legis est pro filio Regis, id est, pro domino rege Roberto, *in c. pastoralis. de re iudica. in clemen.* & licet ibi nihil dicatur de isto casu, cum ibi Papa Clemens Quintus annullet processum per Imperatorem Henricum contra ipsum regem Robertum, vasallum & subditum Ecclesiæ Romanæ habitum, tamen Bald. voluit dicere, Si Papa tanquam supremus Iudex &

dex & Princeps in tali causa ita pronunciauit, standum
esse tali pronunciationi. *d. cap. pastoralis*, quod confirmo,
9 quia † sententia Principis habet vim legis, quo ad o-
mnes. *d. c. pastoralis*. Imo epistola transmissa à Principe, Pa-
pa, vel Imperatore, etiam non redacta in ordinem iuris
communis, legis vim obtinet, *secundum Salyc. & Alex. de Imo.
in l. 1. ff. de feriis. Ias. in l. ciuitas, (mihi, in 3. colum.) versic. Ad cu-
ius potestatem, cum concordant. ff. si certum petat.* Et est sine du-
bio, quod sententia principis facit legem. *Accedit opt. l. 2.
C. de donat. inter virum & vxor. l. Cæsar. ff. de pub.* Hoc etiam
voluit Alexand. de Imo. in cons. 4. *incip. Ponderatis verbis
testamenti præfati, (mihi, in 3. colum.)* in 4. volumine, dum
dicit: pro qua etiam parte determinauit Ecclesia, dum
fuit iudicatum pro rege Roberto. & in clem. pastoralis,
de re iudicat. subiungens, quod illam opinionem tan-
quam melioribus rationib. probatam, & magis commu-
nem semper secutus fuerit: & sic pro illa parte videtur
aperta decisio iuris canonici. Ergo etiam ei standum est
in terris Imperii in foro seculari, ex quo iure ciuili con-
trarium expresse non reperitur decisum per commu-
10 nem Theoricam. Quia † vbi deficit dispositio iuris ci-
uilis, vel variæ sunt opiniones, debet seruari canon, siue
lex canonica in vtroque foro. *c. 1. & ibi Doctores de noui ope-
ris nunciatio.* Imo quando sunt opiniones, super aliquo
casu inter Legistas, recurritur ad Papam pro decisione.
*per textum in cap. per venerabilem, in verbo rationibus, qui filij sint
legitimi. c. super literis, de rescript. & vtrobique Anthon. de Butr.* &
re vera illud fundamentum ita declaratum & extensum
videtur valde stringere, ex quo Bonifacius Octauus tan-
quam summus Princeps, illam difficultatem sua sen-
tentia, in cuius scilicet statutis, vt subiungit Baldus, v-
bi supra, non est repertus error, vt patet in tota illa au-
rea Compilatione Sexti, ita determinauit. Ad hoc ac-
cedit etiam bene text. in c. licet, in fine de raro, vbi tex-
tus vult, quod si filius primogenitus fuit adeptus regnũ,
& postea decedit, tunc eius filius & sic nepos succedit,
excluso patruo. *Idem probatur in cap. grandi, de suppleud. neglig.
prælatorum, in 6. & ibi Petrus de Anchor. & DD.* Eandem par-
tem tenet expresse Bald. in l. 3. C. de suis & legiti. liber.
quod scilicet nepos ex primogenito natus post filium
secundogenitum, excludatur per secundogenitum pa-
truum suum. Sicut hic nepos, dominus Carolus ex fi-
lio primogenito domino Sigismundo est natus, post fi-
lium secundogenitum domini Maximiliani, Ergo, &c.
Et licet plures rationes adduci possent pro secundoge-
nito, tamen prædictæ sunt magis vrgentes & fortes, i-
deo breuitatis intuitu eas omittam. Eandem opinio-
nem etiam vltra Ric. Mal. Cyn. Bart. Bal. Salic. Alexand.
de Imol. in dictis locis, tenet etiam Oldrad. in consil. 94.
*incipienti: Eleganter circa negotium, (mihi, in fin. 5. colum.) versic.
Credo etiam, est secundum opinio.* vbi dicit, illam opinionem
pro secundogenito, de veritate iuris esse præstantiorem.
*Andr. de Isern. in c. 1. de natura success. feud. Ioan. de Imol. in c. gran-
di, de supplend. neglig. prælatorum. Et ibi Dominicus in fine, valde no-
tanter, & post eos Philip. Franc. ibi, (mihi, in 2. colum.) versicul.
Sed posset dici. Plene Petrus de Ancho. in consil 82. incipient. Dicta
facti narratio tam prolixe. Et est sub titu. de pact. & de iureiuran-
do, &c.*

Sed prædictis fundamentis, rationib. & quibuscun-
que aliis pro ista opinione sparsim hinc inde à DD. in le-
cturis & consiliis adductis, non obstantibus, contrariam
sententiam, videlicet, quod in themate proposito, &
ita in terminis nostris dominus Carolus nepos ex domi-
no Sigismundo filio primogenito prædefuncto, exclu-
dit dominũ Maximilianũ, patruum suum filium secun-
dogenitũ principis Electoris domini Christophori, &c.
in dignitate Electoria, arbitror in puncto iuris verio-
rem, & multo magis fundatam, & per consequens pro
eo in successione Iuris huiusmodi dignitatis omnino
pronunciandum fore: & vt veritas magis elucescat, pri-
mo præmittendum est, quod filio primogenito princi-
pis Electoris laici, post mortem scilicet eius, huiusmo-
di dignitas Electoria, siue ius eligendi, &c. ex constitutio-
ne siue speciali lege Caroli Quarti, de qua in aurea Bulla,
sub titul. Von der Churf. Nachkommen wegen defertur
& debetur, si scilicet talis tenor est; Vnnd gebrechen von
Kayserlichem Gewalt / mit diesem gegenwertigen Rech-
ten / daß ewiglichen zuhalten erkennen / Vnd wöllen / Wen
dieselben Weltlichen Churfürsten / oder jr jeglicher nim-
mer einst / so soll denn desselben recht Stimm vnd Gewalt /
derselben Wahl gefallen auff seinen erstgebornen Son der
ein rechts Ehekind vnd Lay ist / vnd darnach aber an dessel-
ben erstgebornen Sohn / soll es aber freylich / vnnd ohn alle
Widerrede gefallen / Vnd were es / daß derselbe erstgeborne
Sohn / ohn männliche Recht eheliche Erben / Layn / võ die-
ser Welt schiede / so soll mit Krafft dieses gegenwertigen
Kayserlichen Gebots / daß recht der Stimm vnnd gewalt /
der ehegenannten Wahl gefallen / auff seinen ältern Bru-
dern / der Lay ist / vnd der von Ritterlicher Geburt sein Bru-
der ist / Vnd darnach an desselben erstgebornen Sohn / soll
die Wahl gefallen. Vnd dieselben Nachkommenheit / in
denselben erstgebornẽ Söhnen vnd jhren Erben derselben
Fürsten an den rechten Stammen vnd Gewalt als vorge-
schrieben ist / soll fürbaß ewiglichen also behalten werden /
mit solcher Beschaydenheit vnd weise / ob ein Churfürst / o-
der erstgeborner Sohn / oder sein älter Bruder ein Ley ster-
be / oder da männlich redlich Erben / vnd Layen / von alters
wegen gebrechhafft weren / so solle der älter Bruder dessel-
ben erstgebornen Sohn / Vorweser / vnd Vortretter seyn /
als lange / biß der älter vnder jhnen zu seinen Tagen vnnd
rechtem Alter kompt / daß an einem Churfürsten seyn soll /
nemlich achtzehen gantze Jar / das setzẽ wir / vnd wöllen daß
fürbas ewiglichen also haben / so zimpt jhme denn die rechte
Stimm / vnd Gewalt / vnd alles das darzu gehört / das soll
jhme dann derselbe Verweser / gäntzlich mit dem Ampt zu-
sagen vnd auffgeben / rc.

Et quantum ad propositum sufficit, posito etiam
quod prædicta verba legis scilicet specialis Caroli Quar-
ti non essent, sed cessarent & essemus præcise in terminis
antiqui dubii, quo quæritur, an scilicet si consuetudo
vel statutum deferat feudum seu dignitatem filio pri-
mogenito, nepos ex filio primogenito præmortuo præ-
feratur filio secundogenito, vel econtra, quod adhuc
illa opinio pro nepote sit verior, *probatur per textum singu-
larem in §. reliquum, siue in §. si igitur defunctus, in Authent. de
hæred. ab intestat. venien. collat. 9. per quem textum inter cete-
ra Ioann. Andr. in additio. Speculat. super titul. de feud. (mihi,
in 4. colum. post princ.)* Item præsupposito, quod tenet il-
lam partem, quam Francisc. de Aret. in d. consilio 164.
*(mihi, in fine, 5. colum.) versic. Et primo duo, cum princip. se-
quen.* latius inducit, dicens: Quod recte intuenti de ista
quæstione sit casus ibi, hoc modo inducendo: Dicit e-
nim ibi litera, quod si defunctus neque descendentes, &
ita neque liberos, neque ascendentes, & ita nec paren-
tes reliquerit, quod ei succedunt fratres & sorores ex
eodem patre & matre, & ita vtrinque coniuncti succe-
dant, exclusis fratribus vel sororibus ex vno parente
tantum.

Deinde in vers. si autem defuncto, decidit, quod vna
cum fratribus & sororibus defuncti vtrinque coniun-
ctis succedunt filii fratris præmortui in locum sui patris.
postea vero in versic. Deinde consequens est, infert: ex

præmissis, quod ex iam dictis & decisis sequitur talis consequentia, scilicet quod filii fratris præmortui ex vtroq; parente excludunt in totum fratres & sorores ex altero parente tantum.

Postremo, ibi textus in fine ponit rationem, quod scilicet hoc ideo est, quia filii fratrum præter mortuorum succedunt in locum patruorum suorum. & sic est ibi text. ad literam, quod ista consequentia etiam in materia exorbitanti, imo correctoria, sit bona & iuridica. Nepos de iure nouissimo correctorio in locum patris sui ponitur, vt succedat cum patruo. Ergo etiam debet poni in locum patris sui, vt totaliter filium illum excludat, quem pater suus totaliter excluderet: Nam dicit ibi text. in fine, quod in patrum suorum iure succedant.

Secundo ponderat rationem ibi, quare nepos cõcurrat cum patruo, quia scilicet est positus in locum patris sui, ideo ver. Deinde consequens, decidit in ratione, decidendi casum nos. & clare probat, quod qualitas, scilicet vtrinque coniunctionis, per quam pater excludebat alium fratrem, ex vno parente tantum, influit in filium eius nepotem patrui sui, id est fratris ex altero tãtum patris sui præmortui, qui nepos loco patris sui ponitur, vt excludat patruum. Esse autem filium primogenitum, est etiam quædam naturalis qualitas, quæ à natura sibi inest, sicut esse vtrinque coniunctum, & est pulchra & efficax ratio.

Tertio adduco rationem, quam ponit Ioan. Andr. vbi supra, *(mihi. ad fin. 4 colu.) latius prosequitur Paul. de Castr. cons. 16 : incip. in præsenti causa, quæ vocatur Maria Hispolensis, (mihi, in 4 col.) vers. posito autem quod prædicta cessarent.* & est ista, quia scilicet nepos potest dicere se primogenitum, sicut poterat, & posset dicere pater eius, si viueret, eo quia portio paterni corporis fuit transfusa in procreationem filij. l. Cum scimus, in fi. ibi, cum enim pars quodã modo corporis eius per cognationem in fundo remaneat. Cod. de

11 agric. & cens. li. 11. & sic est ibi textus clarus, quod † filius est portio paterni corporis, quæ forma licet conuersa sit in nouum hominem, propter nouam & diuersam animam, negari tamen non potest, quin remanserint vera caro, & portio patris, qui (vt aiunt naturales) præbent formam in creatione filij, & mater materiam, *& licet Paul. de Cast. nihil alleget, hoc tamen probatur per text. in l. lege duodecim tab. post medium, ibi, sed propter hoc solum. C. de legit. hered.* Et forma est, quæ dat esse & substantiam rei. *l. Adeo. §. Insulam, in fi. cum simil. ff. de acq. re. dom.* Licet ergo residuum corpus, quod apud patrem tanquam radicem remanserit, extinctum sit, hæc tamen portiuncula, quæ in procreationem filii fuit transfusa, non est extincta, sed aucta & augmentata est, & noua anima, & nouo spiritu infusis, viuit, &

12 ideo per respectum ad solum corpus, † corpus & caro patris vere corpus & caro filij dici potest, quod valde eleganter declarat ibi Pau. de Cast. naturalibus & legalib. exemplis, quæ breuitatis causa omitto. Item adducit ad hoc l. quid tantum. ff. de contrah. empt.

13 Vbi probatur, † quod ad hoc, vt aliquid dicatur verũ, sufficit, quod habeat aliquid veritatis admixtum. Et post Oldra. allegat l. Domum. §. si vero quantumcunq;. ff. eo. de contrahend. empt. & l. si cui insulæ. ff. de vsufruct. vbi habetur, quod ad hoc vt aliquid extare dicatur, sufficit quod quantumcumque modicum de illo extet: dicit enim textus in d. l. si cui insulæ vsusfructus legatus sit, quamdiu quælibet portio eius insulæ remanet, totius soli vsumfructum retinet, modo ego latius pondero & dico, quod per illum textum cum gloss. ibi in princip. iuncta d. l. cum scimus, in fin. Cod. de agric. & censit. lib. 11.

aperte probatur, quod caro & portio filii sit vere & propriè caro & portio patris. Nam dicitur in d. l. si cui, quamdiu aliqua portio insulæ remanet, quod vsufructuarius retineat vsumfructum totius soli. Et sic patet, quod remanente etiam minima parte insulæ, insula dicitur remanere, alias enim extingueretur vsusfructus, per vulgaria. & gloss. ad hoc allegat. ibi pro concord. d. l. cum scimus, in fine, vbi dicitur; quod si filius adscriptitius sit absens, & pater eius in fundo sit præsens, quod filius non dicitur abesse, quia pars corporis eius in fundo remanebat, & sic clarius claro, quod corpus filii dicitur corpus patris, propter partem scilicet corporis patris, quæ est in filio. Ideo recte Paulus de Castr. in prædicto cons. ex prædictis infert, † quod non dicitur primogenitus mortuus, 14
vel non extare, ex quo superest nepos ex eo, inquem corpus & substantia patris fuit transfusa, & viuit. *l. Tutores qui potest. §. adolescens, in fin. ff. de administ. tuto.* Quare sequitur, quod nepos prædictus potest etiam vere dicere se primogenitum, sicut poterat pater eius, attenta scilicet natiuitate patris sui, vna cum cohærentia qualitatis temporis primogenituræ scilicet, quæ fuit in ipsum transfusa. Et pro confirmatione prædictorum adducit, quod illa conditio apposita à testatore, si decesserit sine filiis ex se, vel ex suo corpore descendentibus deficit, si decesserit relicto nepote ex filio prædefuncto viuente patre. l. Lucius. la 2. ff. de hæred. institu.

Nam textus ibi circa princip. dicit, quod à testatore fuerit apposita conditio si filium filiamve non habebat. & postea in fine dicit, quod si decesserit relictis liberis, deficiat illa conditio, & ita per d. l. Lucius, la 2. tenet expresse Bartol. *in l. liberorum, (mihi, in penultima colum.) versicul. quæro, quid si in aliqua dispositione, ff. de verborum significa.* patet ergo per d. l. Lucius, quod nepos ex filio prædefuncto potest dici filius de proprio, vel ex proprio corpore aui natus. Quando dispositio non sumpsit originem ex persona filii, sicut in casu nostro tempore mortis Domini Christophori principis Electoris, Dominus Sigismundus filius eius primogenitus fuit mortuus, &c. *vt pulchre declarat Bart. in d. l. liberorum, in d. scilicet versicul. Quid si in aliqua dispositione, &c.* constat autem quod illa dictio de, vel ex, significat causam proximam & immediatam. *l. eo tempore, in fine, cum similib. ff. de peculio.*

Sed hoc quod nepos dicatur immediate nasci ex auo vel eius corpore, non potest esse propter aliam causam, quam illam, quia in ipso est portio paterni corporis, quæ vna cum patre nata fuit immediate ex auo, & postea renata ex filio, & si ita est, sequitur, quod si filius erat primogenitus, similiter & nepos ex eo natus eodem respectu potest dici primogenitus, quia generatio habet secum concomitantiam temporis necessariam. *cap. Abbate, de re iudica. lib. 6.* & ideo textus in l. fina. non ab re dicit, quod † pater & filius natura censentur vna persona, *C. de impube. & aliis substitu.* & notanter dicit, natura, quasi diceret: Non per iuris positiui fictionem, sed secundum veritatem iuris naturalis, propter rationes supra tactas. Et pro confirmatione prædictorum, bene facit, quod pulchre decidit Cyn. *in l. Imperialis, in fine, & ibi Bald. post eum, in §. Is illud etiam, in fine, C. de nuptijs.* videlicet, quod licet natus, antequam pater eius esset rex, non sit filius Regis, vel ex magnate, non sit magnas, vt ibi probatur. *& l. 2. §. in filiis, cum similibus. ff. de decurio.* nisi talis prætenderet qualitatem ex auo paterno, subiungens ibi Baldus in fine; pone exemplum in Rege Angliæ, qui superuixit filio suo. 15

Nam nepos eius licet non fuerit conceptus ex patre Rege, quia pater eius, filius scilicet regis rege viuente non est rex: tamen quia natus est ex auo rege, dicitur etiam

liam illustris, &c. Tertio principaliter facit pro ista opinione decisio Bart. post Iacob. Butti. in d. l. liberorũ. *mihi in 5. colum. vers. His præmissis redeamus.* ff. de verbo. signifi. scilicet quod si statuto cauetur, quod existente filio masculo, nõ succedat filia fœmina, sed debeat dotari, contingit quod aliquis decessit, relicto nepota ex filio masculo prædefuncto, in eius vita; Quæritur an ille nepos gaudeat beneficio statuti ad excludendam filiam defuncti, amitam scilicet suam? & determinat quod sic, & tamen amita filia, scilicet defuncti, erat in propinquiore gradu, quia primo, potissimum illa ratione, cum certum sit, quod beneficium vel priuilegium datum filiis, transit regulariter ad nepotes. *ll. ibi per eum allegatis. Et sequuntur Sal. & communiter Moderni in l. 2. Cod. de in ius vo. Paul. de Cast. in l. Maximum vitium. Cod. de liberis præteri. & exhereda. cum multis concordan. per Alexand. de Imo. in d. l. 2. adductis.* & dicit Paul. de Cast. in d. consil. 161. *mihi ante fin. 5. col. vers.* quod ista quæst. sit omnino similis quæstioni nostræ: Quia sicut in nost. filius primogenitus propter primugenituram, præfertur fratri suo filio secundogenito, licet sit in eodem gradu secum, & sic personæ eiusdem gradus, reducuntur ad instar diuersorum graduum, sicut etiam contigit Esau & Iacob. ita & casu quæst. prædictæ Iacob. de Butr. & Bartol. filius masculus propter sexum masculinum, præfertur sorori existenti in eodem gradu secum, & redigit ipsam ad instar secundi gradus.

Item sicut in quæstione nostra quæritur, an nepos ex primogenito prędefuncto gaudeat priuilegio excludendi patruum, licet sit prior in gradu, quam ipse nepos. Ita & in d. quæst. quæritur; An nepos ex masculo gaudeat priuilegio excludendi amitam, quæ erat potentior in gradu, quam ipse, & decidunt Butri. Bart. & communiter sequuntur dd. quod d. nepos tali priuilegio gaudeat, ax persona patris sui, licet prædefuncti, viuente auo, & sic non iure transmissiuo, quia filius, pater scilicet nepotis, non potoit transmittere ius succedendi & excludendi, quod viuente patre suo non habebat in re, sed in spe, prout dicunt illi, qui allegant contra nepotem. Sed ex eo, quod beneficium datum filio, & priuilegium & honor transit ad nepotem. *l. milites. C. de quæst. l. 1. C. de priuilegio do. l. Emancipatum. ff. de senato. cum similibus.*

Illa ast ratio Bart. in d. l. liberorum, in terminis statuti, quare scilicet nepos ex filio prædefuncto excludat filiũ, subiungens hoc: Ergo priuilegium seu beneficium à statuto concessum filijs ex dispositione iuris communis, transibit ad nepotes.

Secundo mouetur Barto. ibi, quia nepos sublato filio, locum filij incipit tenere. §. *Cum filius, cum similibus, instit. de her. quæ ab intesta. defe.* Sed si filius statuti beneficio hoc priuilegium habet, vt præferatur filiæ, ergo & nepos loco
16 eius succedens, quia † surrogatum sapit naturam eius, in cuius locum surrogatur. *l. 1. § Hac actio. Si quis testa. cre.* sicut filius succedit in locũ patris sui, & incipit tenere ex persona patris sui primum locum, licet ex persona sua non competat. Sic ergo in præsentiarum priuilegium primogenituræ competens filio primogenito principis Electoris ex dicta lege, & dispositione Caroli quarti, transibit ad nepotem eius, sicut ius excludendi filiam fœminam competens masculo, transit ad nepotem ex filio masculo, nec obstat quod statuta, maxime in termino iuris communis non recipiunt interpretationem extensiuam. Ita sæpe allegata lex specialis Caroli quarti, loquens de filio primogenito, non potest extendi ad nepotem eius. Nam optime respondet Bartolus, qui nihil ignorauit, in dict. leg. liberorum, scilicet quod verum sit, quod statutum non extendatur, ad casum, in eo non comprehensum, & ideo ex iure statuti non comprehenditur nepos ex persona filij. Sed † statutum bene 17
recipit interpretationem extensiuam, passiue, quia ius commune se extendit ad illud. *l. 1. §. 1. ff. de mune. & hono.* Vnde lex se extendit ad statutum, vt nepotem faciat assumere priuilegium concessum filio. Sed in proposito lex specialis Caroli concedens ius eligendi filio primogenito principis Electoris, recipit interpretationem extensiuam, passiue, quia scilicet ius commune se extendit ad illam legem specialem Caroli quarti, vt scilicet facias nepotem assumere priuilegium primogenituræ filio suo primogenito concessum, vt patet in d. l. Milites. C. de quæst. & d. l. 1. C. de priuileg. do. cum aliis allegatis per Bart. ex quarum sc. legum dispositione priuilegium siue beneficium concessum filio, transit ad nepotem, & non ex iure transmissionis, & ista interpretatio passiua semper habet locum etiam in materia correctoria & pœnali. *secundum glo. in l. si quis serno. C. de fur. l. Quod vero. ff. de leg. Bart. in l. Omnes populi in 6. quæst. principali. ff. de iust. & iure. & multis aliis locis.* Nec obstat si diceretur, quod de dicta quæstione & decisione Bart. in d. l. liberorum communiter approbata non bene infertur, ad propositum nostrum. Nam in terminis Bart. vbi est solum vna fictio respectu nepotis, scilicet in gradu, quia fingitur esse in primo gradu, cum in veritate sit in secundo gradu. Sed qualitas quæ requirebatur in existente in primo gradu, vere erat in nepote, quia erat masculus, sicut filius pater scilicet suus, sed in casu nos. si nepos ex filio primogenito excluderet patruum suum, filium sc. secundogenitum, concurreret duplex fictio. Prima, quod nepos fingeretur esse in primo gradu, cum vere sit in secundo gradu. Secunda, quod fingeretur primogenitus, cum vere non sit primogenitus, & ideo Bartu. in d. l. liberorum, *mihi in fin. 5. colum. vers. Quæro, pone retento, cum prin. seq.* infert ibi post prædicta, quod neptis nata ex filio masculo, non excludit filiam fœminam, quia non reperitur esse in ca qualitas masculini sexus; quæ erat in filia, sed duplex fictio vel specialitas, non debet concurrere ad idem ex eadem causa. dict. leg. 1. In fin. cum similibus, C. de dot. promis. Et per consequens non videtur, quod nepos iste, quia natus ex filio primogenito, possit sc. fingi constitutus in primo gradu, & primogenitus, com neutrum in veritate verum sit, &c. Quia respondeo secundum Francis. de Aret. in d. Consil. 164. mihi in 5. colu. vers. regula ergo &c. Quod licet in casu Bart. in nepote sit vera qualitas masculini sexus, in casu autem nos. non sit vera qualitas primogenituræ in nepote ex primogenito, sed sit minor ætate patruo suo, tamen quia ex iuris dispositione nepos succedit in ius filij, id est, in spem quam habet filius viuente patruo suo, quæ scilicet spes est approbata iure, & vocatur ius quoddam, quod sufficit, licet in nepote illo non sit vere qualitas primogenituræ vel maioris ætatis, per rationes & iura supra adducta, & præsertim per dict. §. Reliquum. in Authent. de hæred. ab intestat. venien. collat. 9. Nam dicitur ibi, vt in prima ratione pro illa parte plene deductum est, quod nepos ex fratre præmortuo vtrinque coniuncto, qui excludit fratrem, ex altero tantum, quia surrogatur loco patris sui, neque vere primum gradum obtinet, neque vere potest dici morienti scilicet patruo suo vtrinq; coniunctus, sed quia in eo repræsentatur qualitas patris, qui fuit morienti vtrinque coniunctus, in cuius sc. locum patris sui succedit, admittitur ex interpretatione passiua, vt ibi habetur, sic in proposito licet in nepote ex filio primogenito non sit vere qualitas primi gradus, nec primogenituræ,

tamen quia in eo repræsentatur qualitas patris, in cuius locum succedit, ideo etiam admittitur ex interpretatione passiua, quæ etiam locum habet in casu ficto à Iure. *l. 1. §. Lex falcid. & ibi pulchre Bar. ff. ad l. falcid.* vt scilicet aliæ ll. se extendant ad casum fictum, & multo magis leges iuris antiqui se extendunt ad casum fictum, quam ad similem casum, vel personam, quia lex in casu quo fingit, vult ipsum habere effectum, *vt patet in d. §. Reliquum. & quod casus fictus reputetur & habeatur pro vero, est opt. tex. in c. Ad audientiam, de cle. non residen.*

Nec obstat, si contra hanc rationem, tertio obiiceretur, quod non sit eadem ratio in casu Bart. & nos. quia in casu Bart. ratio statuti videtur esse vt salua sit dignitas agnationis, ideo nepos excludit filiam fœminam, quæ ratio in casu nostro cessat, quia, si secundogenitus excluderet nepotem in iure eligendi, &c. adhuc, vt claret, dignitas illa remaneret in agnatione, sicut è contra. Nam illa nón est propriè ratio decisionis in terminis Bartol. quare nepos excludat filiam fœminam, sed illa, vt deductum est, quia priuilegiũ seu beneficium filio cõcessum, transit ad nepotem. *ll. supra allegatis.* Sed illa ratio præcise, vt supra ostensum est, militat etiam in proposito, Ergo, &c. Et pro confirmatione prædictorum, scilicet quod idem sit in casu Bart. & nos. videtur probari per gloss. 1. & quod ibi not. post Bald. Salyc. & Moder. in d. l. 2. C. de in ius vocan. Nam gloss. ibi in ver. liberos, in secunda parte, vult quod vna dispositio respiciens diuersas personas ex vno capite, censeatur fauorabilis, & sic extendenda, vt ex alio cap. censeatur odiosa & sic restringenda. Ex qua doctrina infertur ibi per dd. adductum statutum, disponens scilicet quod existentibus filiis masculis, filiæ fœminæ non succedant. Quod enim ex parte masculorum censetur fauorabile, & ita extendendum per consequens, quod veniant etiam nepotes ex filiis masculis ad excludendum amitas. Ita in proposito sæpe dicta dispositio siue lex principis Caroli Quarti, deferens dignitatem Electoriam primogenito, & excludens secundogenitum ab ea, existente primogenito filio ex parte primogeniti, est fauorabilis, & sic extendenda, ex parte eius, scilicet vt etiam nepos ex primogenito excludit patruum suum filiũ secundogenitum &c. Sicut in sæpe tacta quæst. & ista ratio est vrgentissima pro ista opinione, cum sit ratio quare in casu Bart. nepos excludit amitam, præcise militet, & in casu nos. vt ex adductis claret. Imo maior ratio in proposito militat. Nam filiæ fœminæ de iure communi ita debetur successio, in hæreditate patris sicut masculo. *d. l. maximum vitium, cum similibus.* Sed iure hæreditario electoria dignitas non debetur ex dispositione Iuris communis filio, sed solum ex concessione & dispositione speciali principis Caroli Quarti, quæ facit ordinem, vt scilicet filio primogenito debeatur, & eo non existente, deinde secundogenito. Cum ergo sit fauorabilis illa specialis lex ex parte primogeniti. Ergo multo magis nepos ex eo etiã excludit patruum, cum patruus non excludatur per primogenitum, contra ius commune, sicut in casu Bart. filia fœmina excluditur, per filium masculum, contra ius commune, sc. d. l. maximum vitium, Ergo, &c.

Quarto fortiter stringit etiam pro illa op. decima ratio Bald. per adductam in dict. leg. cum antiquioribus. C. de iure delibe. Quia quando filius primogenitus succedit in regno, ducatu, vel alia dignitate regali, ex statuto vel consuetudine, vel speciali concessione principis, id est, Papæ vel Imperatoris, tunc talis filius primogenitus in huiusmodi dignitate regali, feudali, etiam viuo patre intelligitur inuestitus, & possidere. Nam licet possessio ad suum hæredem non transmittitur. *leg. Cum miles. ff. ex quibus causis, &c.* tamen in feudis filius viuo etiam patre intelligitur inuestitus & possidere. Et possessio in eo continuatur sine alia inuestitura, *vt nota. in cap. 1. de feud. cog.* Adeo quod viuo patre non deest filio ius, sed administratio. Ergo tale ius quod habet filius in feudo viuo patre, transmittere potest. *leg. si fratris. C. de iure deliber.* & illud dictum Bald. pro notab. & singulari refert Iaso. in leg. Quotiens, *mihi in octaua colum. versicul. Nota etiam perpetuo. & nunquam obliuisceris.* C. de rei vendicat. & subiungit Baldus, vbi supra, quod illa transmissio sit necessaria, in qua iura naturæ consideremus. Vnde licet filius non possit viuo patre, ex aliquo suo consensu sibi iura patris sui vendicare, tamen ius necessarium primogenituræ transmittit, quia iura naturalia sunt inseparabilia, & impossibile est non haberi, quod natura infixit. Hæc ille: Cum ergo ius primogenituræ est naturale, & illi iuri primogenituræ ex statuto vel principis concessione debetur dignitas, excluso secundogenito, ergo tale ius, quod habet primogenitus in feudo siue dignitate regali, etiam viuo patre transmittit ratione primogenituræ ad suum hæredem filium suum nepotem aui.

Et vere illa ratio posita pro constanti, quod filius in feudo viuo patre dicatur inuestitus & possidere, multum viget, & maxime in præsentiarum propter verba dictæ specialis constitutionis Caroli quarti, de quibus latius inferius.

Eandem opinionem valde eleganter tenet Pan. in Consilio 85. *incipienti. In quæstione*, in 1. volu. quasi per totum, & inter alias rationes adducit nouam considerationem, *mihi in 4. colum. versicul. præterea*, vbi ad hoc adducit dictum c. licet, in fin. de voto, vbi est text. apertus, quod in regno, quod defertur primogenito, nepos præferatur patruo, vt patet in fin. verb. text. ibi sc. & iure, quod si ibi dictus Rex sine prole decederet in regno Hungariæ cõpetebat ordine geniture priuandum, & regnum ipsum ad minorem fratrem suũ appellatione apposita deuoluendum; & sic est ibi tex. rotundus, vbi sc. sine prole decederet, quod nepos præferatur isto in regno patruo suo, & licet ibi regnum fuerit radicatum in personam primogeniti filij, quia primogenitus superuixerit patri suo, & adeptus fuerit regnum, in vita sua, tamen hoc non specialiter ibi disponit, quod filius primogenitus repræsentet ipsum primogenitum in prædictis sc. verbis: & Iure, quod tali scilicet secundogenito, si dictus Rex, sc. filius primogenitus regis defuncti sine prole decederet in regno Hungariæ, competebat ordine geniture. Ecce apertus text. quod filius primogeniti præfertur in tali regno patruo suo, hoc est, secundogenito regis defuncti: & hoc voluit Pan. in effectu in d. cons. & vers. Idem tenet in d. c. licet. *mihi in 2. col. ver. Nota, ibi, si dictus rex.* & probat hoc post Oldra. in cons. 224. Iure diuino, naturali, & positiuo, ibi & latius Oldr. quæ breuitatis causa omitto. Quia ista sententia satis claret per d. c. licet, & d. rationem Pan. in d. consi. ita per me declaratam & inductam.

Item pro ista parte opt. facit tex. in l. 1. §. si sit filius. ff. de coniug. cum emanc. libe. eius, vbi emancipato nepoti, qui succedit in locum patris sui, qui erat in potestate patris, emancipatus cõfert, quia nepos succedit in priuilegium paternum, licet ipse sit emancipatus: & illum intellectum sequitur ibi gl. Ioa. And. in d. additio. ad spec. super d. Rub. de feu. licet Bar. in d. §. si sit filius, reprobet illam gl. tamen dd. communiter sequuntur eam, illam op. tenet. per multas rationes, & ad longum prosequitur Oldr. in d. cons. 224. *incipienti: Ista sunt allegationes facta in causa comitatus, mihi in 5. colum. versicul. In contrarium ve. a parte Thomasii nepotis, &c. cum septem col. seqq.* illam partem pro nepore

etiam

etiam tenet Paul. de Cast. in effectu in d. l. 3. C. de suis & legit. hæc Et vltimo pro ea adducit quod dicit Bald. in d. l. Antiquioribus, *mihi, in 7. col.* quod ista op. multum inoaluit in maximis regnis Francorum & Angliæ. Et Bald in d. l. libetorum, *mihi in 5. col. vers. Secundum membrum.* Ergo quia eam semper accrescere & inoalescere videmus, seruare debemus. *l. Quæsitum §. si fundus. ibi quam sententiam. ff. de fundo instruc.* Et relationi tanti viri standum est, tom
18 propter eius autoritatem, quia non est credēdum, quod ita, præsertim † in lectura ordinaria, vbi cessat omnis affectio, affirmasset, si non sciuisset, vel vidisset ita obseruari, *arguens quod in simili notat gl. in l. 2. C. si secund. nupse. mulier. & Bart. in l. conficiuntur. ff. de iure codicillorum. & Reg.* & quod in causis & negotiis à iure expressis non decisis, consuetudo vicinorum locorum seruanda est, si non sit contra ius, sed laudabilis & rationi submixta. *cap. Cum*
19 *olim, de consue.* Item † de similibus ad similia procedere debemus, non solum in decisis à iure scripto in vno casu, vt extendantur ad alium similem, sed etiam in decisis à consuetudine, *vt notat gloss. in l. non possunt. ff. de ll. & probatur per text. in l. 1. Cod. quæ sit longa consuetudo*, quia debet inspici ratio, propter quam fuit inducta consuetudo &c. ad quod bene etiam accedit, quod refert Ioan. Bertochinus aduocatus consistorialis in suo Reperto in verbo nepos regis, quem allegat ad hoc D. Ias. in d. l. Maximum vitium, verum quod dicitur esse cōmuniter incognitum: Sed se audiuisse à domino Ioan. Fran. ex auditorib. Rotæ, se in annalib. legisse, quod Otto Imperator supra Rhenum apud Treuerim existens cum Baronib. cum hæc quæstio de facto accidisset, inter patruum & nepotē, voluit eam decidi iudicio gladiatorio, & quod vix nepos vicit, quod cum existimaretur, iudicio Dei prouenisse, ordinatū fuit vt ab inde & in ante nepos succederet, & cum similis causa fuisset commissa, ipsimet regi Ruperto indicauit, & pronunciauit, etiam pro nepote, *& refert Paul. de Cast. in d. l. 3.* & vt faciam semel finem, non dubito, quin in Themate proposito, Dominus Carolus, nepos ex domino Sigismundo filio primogenito, iure excludat dominū Maximilianum patruum suum, filium sc. secundogenitum, etiam posito, minime tamen concesso, cum contrarium iam satis ex efficacissimis rationib. ostensum sit, quod opinio pro secundogenito esset verior, quando sc. statutum vel consuetudo specialiter defert dignitatem, regnum, ducatum, vel aliud feudū filio primogenito. Et hoc virtute prædictæ dispositionis & legis specialis siue prouisionis Caroli Quarti. Nam clari iuris
20 est, † quod tenor huiusmodi constitutionis Cæsareæ imprimis inspiciendus est. *c. Porro. de priuil. l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus, in fi. cum simil. ff. de verb. obli.* hinc Bald. in d. l. Liberti, *mihi in 5. colum. ver. Sed dubitatur de tali quæst.* post Nico.
21 de Mata. dicit, † quod in omni dubio primo & ante omnia sit recurrendum ad verba; Vtrum ex illis possit cōcedentis intentio percipi, vel non. Ideo verba præfatæ legis & dispositionis Caroli Quarti diligenter inspicienda & attendenda sunt, ex quib. sc. verbis, quantum ad propositum sufficit, claret, quod tres casus in ea expressi & specificati sunt. Primus, quod decedēte principe Electore Laico, in ius eligendi succedat filius eius primogenitus naturalis, legitimus & laicus, &c. In istis sc. verbis: Vnd gebieten von Keyserlichē gewalt/ zc. Secundus casus, quod postea tale ius eligendi iterum ad eiusdē filij primogeniti filium primogenitū sine omni cōtradictione deueniat, vt in illis verbis: Vnnd darnach aber an deß erstgebornen Son/ soll es aber freylich vnd ohn alle widerrede gefallen/ quæ verba scilicet, Freylich vnd ohn widerrede/ multum ponderanda sunt, quia non sine mysterio posita. Tertius casus, quod illud ius eligendi tunc demum defertur ad filium secundogenitum, mortuo sc. primogenito fratre suo, sine filio masculo, legitimo & laico; Et postea ad filium primogenitū fratris minoris siue secūdogeniti, vt ibi: Vñ were daß derselbig erstgeborne Son ohn männlich recht/ zc. Modo ex tenore & virtute sæpe dictæ cōstitutionis Serenissi. principis Caroli Quarti manifeste apparet, quod fuerit mens & intētio eius, quod etiam nepos ex filio primogenito præmortuo, viuente patre suo principe Electore excludat patruum suum filium sc. secundogenitū. Nam alias omnino superfluæ & superuacanea fuissent illa verba toties repetita in constitutione ipsa, ibi scilicet: Vnd darnach aber an desselben erstgeborne Son/ zc. Vnd were daß derselbe erstgeborne Son. Nā negari nō potest, quod supra dictæ clausolæ, & partes constitutionis Carolianę, in quib. secūdus & tertius casus exprimuntur: Nisi intelligerentur, quod nepos ex filio primogenito principis Electoris prædefuncto excluderet patruum suum, essent superfluę &c. & nullius effectus. Nam virtute primæ partis constitutionis illius supra memoratæ, in qua primus casus cōprehensus est, videlicet, quod mortuo principe Electore &c. ius eligendi deueniat ad filium suum primogenitum &c. satis abondanter prouisum est, quod si filius primogenitus principis Electoris patri suo superuixerit, & sic in dignitate illa successerit, & postea etiam relicto filio decedat, quod filius eius ęxcluso fratre suo, in ea succedat. Verba in prima parte ita sonant &c. Erkennen vnd wöllen / wann dieselben Weltlichen Churf. oder jr jeglicher nimmer ist/ so soll dann deßselbigen Reichstimm/ vnd Gewalt/ derselben wahl/ gefallen auff seinen erstgebornen Son/ zc. Ergo necessario dicendum est, ꝙ prædicta verba, vt aliquid operētur, intelligantur etiā in casu illo, quando sc. filius primogenitus principis Electoris decessit mortuo patre, quod filio seius primogenitus nepos sc. aui, exclodat patruū, alias vtriq; vt claret, prędictæ clausulæ nullius penitus effectus, vel virtutis essent, quod nullo modo di-cendū est, alioquin dicta verba toties repetita in prædicta cōstitutione, nedū superflue, sed fatue & incōsideranter à Carolo Imp. posita fuissent, quod qui diceret, offenderet maiestatē: Cū & alias quælibet pars legis ita interpretanda est, vt aliquid operetur, & ne sit superuacanea, iurib. vulga. Quare inconuincibiliter sequitur, quod prędicta verba pręcise decidunt istud dubium, & per consequens casum nostrū, scilicet, quod si filius primogenitus principis Electoris, viuo patre suo decesserit, quod nepos ex eo excludat patruū suum, cum vt deductum est, quando filius primogenitus superuixit patri principi Electori, hoc in prima parte d. l. specialis, satis expressum sit, quod filius primogenitus in proposito indistincte præferatur secundogenito probatur alia ratione, quia in d. constitutione Caroliana prænominati filii maioris, siue primogeniti, *per d. l. Quotiens. ff. de vsufr. Authen. Hoc amplius. C. de fideicomm. l. Cum ita. § fin.* ibi, qui nominati, sunt autem posteriores omnes &c. Et in summa, nisi sæpe præfata lex specialis Caroli intelligeretur etiam in casu, quod si primogenitus decesserit viuo patre &c. frustra esset posita, imo fatua & derisoria, quod nefas esset nedum dicere, sed præsumere contra Imperatoriam maiestatē, quæ est lex viua in terris, per vulga. &c. per quæ etiam patet, quod casus noster non sit in dispositione omissus, sed expresse, in effectu comprehensus.

Nec prædictis obstat, si obiiceretur, quod potius dicendum sit, statutum, vel legem specialem nihil operari, Iurique communi nihil addere, quam quod quis indebite damnum patiatur, *glo. est singu. & nota. quam Barto-*

ibi ex-

ibi extollit in *l. fin. §. In comparatione, in glo. fin. in vlt. particu. ibi scilicet, quod si statutum. Cod. de iure delib.* Ergo videtur quod in terminis nostris dicendum sit, quod sæpe tacta Catoliana constitutio in dd. clausulis nihil operetur, quam quod filius secundogenitus excludatur per nepotem ex primogenito prædefuncto, & ita indebite mortuo patre suo, à iure eligendi excludatur. Nam respondeo, & primo, quod nec secundogenito, nec primogenito filio principis Electoris, debetur huiusmodi ius eligendi Iure hæreditario, sed solum ex concessione & speciali beneficio d. legis specialis Caroli Quarti, quæ dat ordinem, vt primogenitus secundo præferatur, ideo quod secundo genitus excludatur à nepote primogeniti præmortui. Ab illo iure nullum penitus dicitur damnum pati, &c.

Item & secundo respondeo, quia dato, sicut tamen non est, quod ius eligendi deberetur filio iure hæreditario &c. adhuc filius exclusus ab eo non diceretur vere
21 pati damnum: Nam etiam hæreditas † patris, vel aliorum ascendentium nedum viuo patre, sed nec etiam eo mortuo, non dicitur debita filiis, sed solum quasi debita, ideo filius in hæreditate patris tractat de lucro capiendo, & non damno vitando, & ideo si ea priuatur non dicitur damnum pati. *glo. est notab. iuncto text. in l. Si emancipata, & ibi glo. in verſ. Rationibus, ibi, ſed videtur, quod ibi multum notant Bart. Bald. & d. Iaſ. Cod. de iuris & fact. ign. Cy. Bald. & Doct. in l. Iuris ignorantia. C. Qui admitti & c. cum concord. & Iaſ. in d. l. Si emancipata* Quare filius secundo genitus nullum penitus diceretur pati damnum, ex eo quod per nepotem ex primogenito excluditur à Iure eligendi, etiamsi tale ius veniret Iure hæreditario, sicut tamen non venit. Ergo &c. Et sic patet, quod iam vlt. adducta, ex tenore scilicet d. constitutionis Carolianæ, pro victoria domini Caroli nepotis ex filio primogenito prædefuncto, ad excludendum patruum suum dominum Maximilianum, etiamsi alia opinio pro secundogenito de iure esset verior, quando scilicet statutum vel consuetudo specialiter defert dignitatem seu feudum primogenito &c. Ideo etiam non esset necesse respondere ad rationes & argumenta in princ. facta contra nepotem, quia sibi vendicarent locum si dicta Lex Caroli Quarti non esset, tamen pro maiore elucidatione veritatis nihilominus respondeo ad ea, & primo, non obstat d. l. Si viua, & quod ibi dicunt Cy. & Doct. C. de bo. mater. Non enim dicimus in proposito, quod filius sit deterioris conditionis quam nepos, sed quod est, & esse debet deterioris conditionis, quam pater nepotis, in cuius scilicet locum & gradum nepos ipse ingreditur, & sic sapit, & retinet illius naturam & priuilegium. *l. si donare. §. Si sponsus. ff. de dona. int. vir. & vxor.* Et quia beneficium, siue priuilegium concessum filiis regulariter transit ad nepotes. *d. l. 1. C. de priuileg. do. cum aliis iuribus supra in tertio fundamento pro nepote adductis, post Bart. scilicet in d. l. Liberorum alleg.* Nec obstat ratio Bart. in d. Auth. Post fratres. Quia salua sua pace, non est verum, quod vbi tractatur de successione feudi, nepos non succedat in patris locum, quia non habebat Iure successionis, sed ex concessione dominica, *quia illa ratio confunditur per tex. in c. 1. de success. feud. c. 1. cum simil. de natura success. feud.*

Nec obstat si diceretur, quod in dd. constitutionibus feudalibus non excludatur patruus, sed pariter succedat in toto, quo ad totum. *l. Quæ de tota. ff. de Rei vend. & opt. probatur illa solutio per d. c. Licet.* quia, vt nouissime ostensum est, filius primogeniti admittitur ex eo, quod repræsentat personam patris sui, scilicet filii primogeniti, licet postea succedat ex propria persona. *d. l. 3. Cod. de libe. præte. vel exhær.* per quæ iam satis patet responsum ad d. l. Si viua, &c. Præterea quod nepos succedat in locum sui patris in successione aui, fuit introductum ex illa æquitate, quia reperitur eadem persona cum eo, cum sit pars corporis illius. dd. ll. in secunda ratione præallega. pro ista parte citatis; sed ista ratio ita locum habet, quando agitur de non successione hæreditaria feudali, sicut quando agitur de hæreditaria. *d. c. 1. cum similibus, de success. feud.* Nam quod nepos succedit in locum patris sui, non fuit introductum propter hunc respectum, quod successio sit hæreditaria, sed ex eo, quia sicut filius debet succedere patri suo, quia est eadem persona cum illo, ita & nepos auo, quia est eadem persona cum patre suo, qui est eadem persona cum auo. & per hoc patet etiam responsum ad l. Si libertus præterito. §. Si libertus. ff. de bo. liber. quæ scilicet lex per aliquos pro secundogenito adducitur, quia ibi succeditur liberto, in qua quidem successione data ratio identitatis cessat, quia filius patroni non succedit liberto ex eo, quod sit eadem persona cum liberto, sicut succedit filius patri, ideo dicit ibi tex. quod nepotes ex filio patroni in successione liberti nō admittantur, quamdiu filius esset, quia proximum quenque ad hæreditatem liberti vocari manifestum est. *Et est solutio Paul. de Cast. in d. Consi. mihi, in 8. colum. verſ. Item non obstat ratio Bart. & ante eum in effectu Oldra. in d. Conſ. 264. mihi in 8. colum. verſ. nec obstat. l. Si libertus. Licet Paul. de Cast. eam non alleget.*

Item non obstat tertium fundamentum, pro secundogenito adductum, imo fundat illam sententiam pro nepote. Nam Bart. in d. l. Is potest, dicit; *mihi, in fi. colum.* Est & aliud posse, quod ius succedendi, quod habet filius viuo scilicet patre, est aliud ius diuersum, & separatum per se à Iure filiationis, & loquitur ibi in secundo membro Bart. & patet de potentia quam habet filius in succedendo patri eo viuente, & quod tale ius siue potentia, sit diuersum ius à iure filiationis, probat ipse, quia mortuo filio primi gradus, nepotes succedunt in illud ius, quia ius patris subintrant. *l. 1. §. Si filius cum similibus. ff. de suis & legit. hæred.* Et sic licet per mortem filii primogeniti extinguatur filiatio, tamen ius primogenituræ, quod habebat filius primogenitus, est separatum à Iure filiationis, & in illud Ius succedat nepos mortuo filio primogenito patre suo; & propter illam doctrinam Bart. vt supra allegatum est, illam partem tenet Paul. de Cast. in d. l. Is potest. ff. de acquirend. hæred. Et licet Alexan. de Imo. in d. Consil. 4. in fi. in 4. volu. nitatur dupliciter respondere ad hanc doctrinam Bart. & me iudice satis debiliter. Primo cum dicit, quod Bart. loquatur in successione de iure communi, quo non erat cautum, quod primogenitus succederet, sed quod suus vel proximior agnatus. *l. 2. §. Hæreditas. ff. de suis & legitim. hæred. Instit. in prin. de hæredit. quæ ab intesta.* Secundo, quia si Ius filiationis non transit in nepotes, vt Bartol. & Paul. de Cast. fatentur, eadem ratione oportet fateri, quod primogenitura non transeat, quia est quid personale, sicut & filiatio, *per ea quæ notant. in l. penult. C. de tempo. in integ. restitu. &c.* Nam etiam patet, quod filius primogenitus succedens ex statuto vel consuetudine, dicitur etiam succedere de Iure communi; quia Ius commune approbat huiusmodi statuta, &c. *per ea quæ habentur in l. Omnes populi. ff. de Iusti. & iure, in l. de quibus. ff. de lega. cum concord. & pulchre Panorm. super Rub. de consuetud.* Ergo ius primogenituræ ex statuto vel consuetudine multo magis in præsentiarum, ex lege Imp. Caroli scilicet competens filio primogenito, est separatum à iure filiationis, vt eo mortuo in illud succedat nepos eius. Nec est verum

quod

quod primogenitura sit quid personale, vt filiatio. Nam si esset Ius personale, non esset cessibile, nec vendibile, cuius contrarium tamen verum est, & patet in Esau, qui vendidit Ius primogenituræ Iacob, & ita cessit Iacob: quod fuisset impossibile, si fuisset mere personale. *Et est optim. text. in cap. Quam periculosum, 7. quæst. 1.* Nec valet æquiparatio, quam facit Dominus Alex. inter tutelam legit. & successio. legitim. quia inter illa est magna differentia, & inter alias differentias est vna, quia per testamentariam tutelam pater potest in totum tollere legitimam tutelam pupillorum, quæ ex lege XII. Tabu. defertur agnatis. *Inst. in princip. cum similibus, de legitim. agnat. tute.* item non potest regulariter legitimam successionem liberorum saltem in legitimo testamento tollere, *per tot. tit. ff. de liber. & posthum. de iniuste rupto testam. de inoffic. testam. & C. eiusdem tit.* quare non à patre procedunt legitima successio, & legitima tutela, vt ipse dicit. Et † ad tollendam consequentiam sufficit dare instantiam. *gloss. est sing in c. Sicut vrgeri, cum multis concordant. 1. quæstio. 1. & gloss in l. Creditori. ff. de noui oper. nunc.* Item nepos ex filio primogenito prædefuncto, ex quo subintrat, & surrogatur in gradum, & in locum patris sui, ex sua persona & iure proprio, à lege scilicet sibi delato venit, vt supra deductum est, quare patet quod solutiones D. Alexand. de Imo. ad dictam doctrinam Bartol. salua reuerentia tanti viri, nihil valent. Imo d. Alexand. met. in consilio isto 4. *mihi, in penult. col. in versic. Nec etiam obstant ea, quæ traduntur per Paul. de Castr. &c.* tenet eandem opinionem pro nepote videlicet, quando scilicet in inuestitura vocatur primogenitus, & eius filius: dicit enim, nec etiam obstant ea quæ traduntur per Paul. de Castr. in Consil. 161. &c. quia loquitur in casu, in quo videlicet in inuestitura vocabatur primogenitus, & eius filii, vnde ex tenore scripturæ, vbi apparebat eum voluisse, post primogenitum vocari filios, vt ibi, plene prosequitur modo in terminis nostris, in sæpe d. l. Caroliana, primo vocatur filius primogenitus, Principis Electoris, ad hanc dignit. Electo. & postea filius primogenitus filii primogeniti, vt ex ordine & consequentia literæ patet; Ergo, &c. Imo in terminis Paul. de Castr. in d. Consi. Cum quod. Alexan. transit in inuestitura, non specifice exprimitur filius primogenitus primogeniti, sicut in l. Carolia. Nam ibi illa erant verba inuestituræ; Vt dicit Paul. de Cast. ibi, *mihi in 2. colum. ver. sed ex tenore & verbis &c.* Dicūt enim verba sic, quod post obitum vestrum succedat & hæreditet dictam medietatem, vester filius maior, quem habueritis de legitimo matrimonio, & alii filii, & hæredes qui ab ipso, vel à nobis descenderint ex recta linea, & non dicit expresse de filio primogenito filii primogeniti, & tamen Alex. de Imo. in d. Cons. post Paul. de Cast. in sæpe præallegato Consilio suo, dicit in terminis Pau. de Cast. opin. pro nepote esse veram, vt scilicet excludat patruum, quanto magis in præsentiarum, vbi filius primogenitus filii primogeniti, &c. toties reperitur in Caroliana constitutione, cuius scilicet virtute & tenore dignitas Electoria, seu ius eligendi primogenito defertur, & contrarium iam soluat Apollo in terminis nostris, &c.

Item solutio ad quartum fundamentum pro secundo genito adductum, luculenter patet per ea, quæ in tertio fundamento pro nepote post Bart. in d. l. Liberorum, citaui, quia licet pater nepotis prædefunctus, non transmiserit ius succedendi in nepotem, quod ipse viuo auo non habebat in re, sed solum in spe, tamen priuilegium siue beneficium competens filio, transit ad eius nepotem, iuribus supra allegatis. præterea facilis est solutio in præsentiarum pro domino Carolo nepote, ex domino Sigismundo filio primogenito prædefuncto, est debitum tale ius primogenituræ ex beneficio constitutionis Caroli in dictis clausulis: Etiamsi non esset hæres filii primogeniti patris, scilicet sui. *l. Quodcunque. §. Si quis ita. ff. de verb. oblig. Bart. in l. Vt iurisiurandi. ff. de oper. liber. Bald. in Authen. Si quis ruinas. Cod. de sacrosanct. Eccles. Et sic non obstat l. Vnica. Cod. de his qui ante apertas tabu. &c. & alia in contrarium adducta.* Et sic hic, ne tibi nimis prolixus, in hoc latius non insistam, sed remitto me ad ea quæ pulchre inducit Pan. in sæpe allegā. Cons. *mihi in 2. colum. ver. moueat primum, ad prin. seq.* Quinta ratio, scilicet quod dictum est de fictione seu casu ficto, etiam non conclusit pro prima opin. & ita pro secundo genito. Nam eius solutio aperte colligitur per ea, quæ adduxi pro illa parte in suo fundamento in vers. quia respondeo secundum Francisc. de Aret. in d. Cons. vsque ad vers. Nec obstat, si contra hanc rationem tertio obiiceretur, &c. item & secundo non obstat, quod in terminis illis videtur concurrere duplex fictio. Nam ad hoc respondet subtiliter d. Fran. de Aret. in præalleg. cons. *mihi, in 7. colum. vers. non obstat, quod in casu nost. &c.* quia dato, quod esset duplex fictio, tamen possent concurrere, quia vna venit accessorie ad aliam. *vt inquit Bald. in l. fi. C. de sen. pas.* Nam per hoc quod nepos fingitur esse in gradu filii, & sic surrogatur loco eius, sequitur accessorie quod debeat fingi primogenitus, & vtatur priuilegio eius, cuius loco succedit, iuxta reg. Surrogatum, &c. Secundo respondet ad hoc, dicit se credere, verum, q in isto casu solū sit vna fictio, producēs diuersos effectus. Nā fingitur nepos in gradu filii, & ex hoc sequitur, quod quamuis non fingatur esse primogenitus, habet priuilegium annexū gradui, in quo fictio succedit, quia hæres, qui ficte repræsentat personā defuncti, priuilegia transmissibilia consequitur, *l. Non solum. ff. de in integ. rest. l. Heredes. §. An ea, cum simil. ff. Fami. bercisc.* Nec in casu nos. est contra Ius commune, quod filio primogenito solum defertur ius eligendi, &c. postquam ita prouisum & dispositum fuit in constitu. & l. speciali principis, scilicet Caroli Quarti, qui potuit tanquam summus Princeps, disponere legem pro arbitrio suo, & de iure communi est seruanda. *l. Lege. C. de pac.* Item in secunda ratione pro hac parte ad longum probatum est, quod nepos etiam secundum veritatem potest dici primogenitus, attenta sc. genitura sui patris, cuius patris corporalis portio in eo est: quæ & si iterum genita fuerit, negari tamen non potest, quin etiam tunc genita fuerit. Non obstat sexta ratio, vt patet ex his, quæ supra dicta sunt in responsione ad tertiam rationem, cum ius primogenituræ transmissibile & assumibile sit etiam in singularem successorem, *vt patet in Esau & Iacob, Genes. 27. & d. cap. Quam periculosum. 7. quæst. 1.* Licet enim ætas filii non sit ætas nepotis, tamen sublato filio, nepos in locum eius surrogatur, cum omnibus qualitatibus & priuilegiis eius, in cuius locum surrogatus est. Nec obstat septima ratio, quia constanter negatur, Caroli constitu. cuius scilicet virtute dignitas Electoria defertur filio primogenito Principis Electoris excluso secundogenito, esse irrationabilem & odiosam. Nam vt respondet Fran. de Aret. in d. Cons. 164. quod in feudo indiuisibili, sicut est hic in dignitate Electoria, quæ sc. non potest competere pluribus filiis eiusdem Principis Electoris, lex vel statutum non potest dici irrationabile, nec odiosum, dummodo aliis filiis concedantur alimenta. Imo vt probatur in suo fundamento pro nepote, præfata constitutio Caroli Quarti, ex parte filii primogeniti est fauorabilis. Ergo, &c. & Reip. expedit per vnum gubernari. *l. 2. §. Nouissime. ff. de origi. Iuris.* Et ideo in istis dignitatibus regalibus, hoc est deductum in fauo-

in fauorem publicum, quare facilius appellatione filii primogeniti comprehenditur. *l. Hos modo. ff. de condit. & demonst.* & forsan dictum Bal. posset procedere in hæreditatib. priuatis & in feudo, quod de Iure communi diuidi potest inter hæredes, cuiusmodi non est dignitas Electoria, Ergo, &c. Ad octauam rationem, de duplici scilicet fictione, iam in responsione ad quintam rationẽ plus quam satis responsum est. Nec obstat nona & vltima ratio pro prima opinione adducta. Nam respondeo primo, quod causa præsens non est similis illi, in qua pronunciauerat Bonifacius Octauus pro Rege Ruperto filio secundogenito, excludendo patruum Regem Hungariæ, quia vt ostensum est, in d. consti. Caroli Quarti, casus nos. satis expressus est, quod scilicet nepos ex filio primogenito prædefuncto, excludat patruum in illa dignitate Electoria, ideo illa Lex ciuilis, in terris Imperii, etiamsi lex Canonica esset in contrarium, seruanda esset in terris Imperii, & lex Cano. in terris Ecclesiæ. per communem scilicet Theoricam Docto. quæ habet, quod si Lex ciuilis discrepet à Canonica, quod ciuilis sit seruanda in terris Imperii, &c. Et sic in præsenti casu non est de hoc amplius disputandum, cum intentio domini nepotis, vt probatum est, virtute præallegatæ dispositionis Caroli fundata sit. Imo si consuetudo, vel statutũ specialiter deferret dignitatem primogenito filio, adhuc non obstaret d. determinatio Bonifacii Papæ, pro Domino Rege Ruperto filio secundogenito, quia Bal. in d. l. 3. C. de suis & legit. hær. dicit, quod Papa ideo pronunciauerit pro secundogenito rege, scilicet Ruperto, propter publicam vtilitatẽ regni, ob immensam scilicet eius sapientiam, quia, vt inquit, fuit secundus Salomon, & quod sufficiebat Regi Hungariæ regnum Hungariæ, nec de cens erat, quod Ecclesia Dei esset duplex. Et dicit Bal. in d. l. Si viua, quod propterea Rex Rupertus conscientia ductus statuit transferre regnum Siciliæ, ad Regem Hungariæ, quando scilicet desponsari fecit gloriosam Reginam Iohannam, per illustrem Andream filium Regis Hungariæ, cuius vitæ inuida fortuna non fauit. Illæ conscientiæ hodie raro inueniuntur, & dicit idem Bald. in d. l. liberti libertæque, (*mihi ante fin. 5. col.*) C. de bon. libert. quod ex persona filii debetur tantus honor nepoti, &c. Subiungens, & ideo nescio; An Bonifacius Papa determinauerit veritatem, & quod in illo cap. Pastoralis, sunt quędam dicta quæ sapiunt, & quædam quæ non sapiunt veritatem Iuris, & quod Papa ibi fuerit partialis magis quam Apostolicus. Quare ex prædictis omnibus concludo, dominum Carolum nepotem, ex domino Sigismundo filio primogenito præmortuo in terminis propositis patruo suo, domino scilicet Maximiliano, filio scilicet secundogenito, in dignitate Electoria de Iure, potissimum virtute sæpe allegatæ constitutionis Caroli Quarti, fore & esse præferendum, &c.

THEMA CONSILII II.

Quod Officialis seu Dominus territorii requisitus à spoliato, in suo territorio, & nolens præstare opem in inuestigando & persequendo ipsos raptores, teneatur ad emendationem damni, & rerum amissarum. Et quod spoliatus eo casu teneatur probare res amissas, & suo iuramento non stetur.

SVMMARIA.

1 *Tenetur dominus ad emendationem damni dati in suo territorio, quando sciuit, & prohibere potuit.*

2 *Dominus tenetur ad custodiam sui loci.*

3 *Non tenetur quis de sola scientia delicti alieni.*

4 *Probata violentia per testes, res amissæ probantur per iuramentum damnum passi.*

CONSILIVM II.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quod in proposito nostro stante contingentia facti, prout ex themate patet, responsio ibi posita sit Iuri consona, breuiter probatur. Nã expediti iuris est, quod † dominus alicuius territorii, castri, vel villæ, te- 1
netur ad robaria ibi facta, damnum emendare ipsi scilicet robarato, quãdo scilicet fuit sciens, & prohibere potuit, & non prohibuit. *Ita probatur per text. in l. Ne quid, post prin. ibi, infra fines agri. Et ibi, id à possessoribus recipiant.* Et ibi valde notanter Bart. in 1. & 2. q. ff. de incend. ruin. naufrag. subiungens in 2. q. hoc procedere, nedum in domino castri, vel villæ, sed etiam in domino vnius possessionis tantum, quando scilicet erat sciens, & tantæ potentiæ, quod prohibere poterat. Non enim debet quis pati, vt maleficium committatur super suo. *l. 1. ibi, scilicet, domus vero. C. de fals. mone.* † Tenetur enim dominus ad custodiam sui lo- 2
ci, *vt d. l. 1. Et Bar. in d. l. Ne quid, in 1. q. Idem valde notanter in d. l. Ne quid. per tex. ibi, tenet Ang. Perus. Sequuntur Anto. de Butr. Ioan de Ligna. & Panor. in c. 1. (mihi, in 3. colum.) vers. ad secundum, an dominus agri. Subiungens ibi, hoc communiter teneri de restit. spolia.* Nec prædictis obstat text. & ibi glo. in verb. Vicis, *in §. Quoniam vero, in Auth. Vt nulli iudi. colla. 9.* Et quod ibi notat Iacob. de Beluis. quia iste text. intelligitur, si non potuit prohiberi; ne delictum committeretur. Et sic † de 3
sola scientia delicti alieni, non tenetur quis. *Et ita intelligitur textus in d. §. Quoniam vero.* Secus quando scit, & non prohibuit, cum prohibere potuit. *d. l. Ne quid. Ita notab. declarat Ang. Peru. ibi & glo. in d. § Quoniam vero, communiter reprobant DD. Et tenet D. Bart. in d. l. Ne quid, secundum Cano. in d. c. 1.* Et dicit Bald. *in l. fin. ff. de cap. & postli. reuer. Sequitur & refert Alex. de Imo. in additio. ad Bart. in d. l. Ne quid.* Quod si fiat robaria prope castrum, obtinens castrum tenetur succurrere, & prohibere ne fiat. Cum ergo in præsentiarum prædicta robaria obtinendi castrum, in cuius territorio facta est, quam primum fuerit intimata, & ita eius scientiam habuerit, & tamen tenuit præstare auxilium, pro persecutione & captura ipsorum rapientium, & latronum, quod tamen potuit facere, & sic prohibere, ne cum rapina euaderent, sequitur clare, ipsum teneri ad emendandum, seu resarciendum damnum, per antedictum ex huiusmodi robaria passum. Nec poterit se tueri, quod non habuerit hoc in mandatis, quia dato quod non habuerit ad hoc generale mandatum à principe, habuit tamen mandatum à lege, *d. l. Ne quid. & argumento d. l. 1. Et quod ibi notat Sal. in 3. notab. C. de fal. mone.* Et licet iure cautum
sit, † quod plane probata violentia per testes, vel alias 4
res amissæ probentur per iuramentum damnum passi, præcedente scilicet taxatione Iudicis, super valore rerũ amissarum *l. fin. C. vnde vi. c. fin. Quod me. causa.* Nam hoc solum procedit, quando agitur contra ipsum delinquentem, & ita qui rapuit, vel spoliauit. Secus si non agatur contra delinquentem, seu rapientem, seu robarantem, vt in terminis nostris. *Ita communiter concludunt Bar. & communiter Legist. in d. l. Si quando & Cano. in d. c. fin & Bar. in d. l. Ne quid.* Quare in terminis nostris, ex quo nititur agere contra dominum castri, & non contra ipsos robaratores, tenetur probare, probata prius violentia, quod, & quas res amiserit per ipsam robariam. Et poterit hoc probare per aurigas, & alios, qui viderunt res ipsas, cum traditæ fuerint aurigis, *per ea quæ pulchre notat Bar. in l. 1. in fi. ff. Furti aduers. nautas, caupo. stabu.*

THEMA CONSILII III.

F. de H. mutuo dedit Comiti de H. viginti millia flor. cuius cōtemplatione prędictus Comes, quasi pignoris loco commisit, & concessit quandā marcem, cum ea obligatione, vt omnis redditus intra tempora, quibus 20. millia flor. non restituerentur, pertinerent ad ipsum F. de H. cum aliis quibusdam cōmodis, accessibus, & aliis clausulis vsurariam prauitatem continentib. quemadmodū literæ obligatoriæ latius explicant, & continent. Iam prædictus Dominus Comes, cum viginti millia offerret, & repeteret instrumenta obligationis, & arcem, allegatæ sunt quædam prætensæ causæ, propter quas talia instrumenta ei sunt denegata. Quapropter prędictus dominus Comes, pecunia debita obsignata, & deposita, propria authoritate recepit Castrū, propter quod dę pluribus dubitatur. Et primo, Vtrum cōpetat F. de H. ex supradicto instrumento obligationis, aliqua actio contra Comitē. Et deciditur, quod non, quum huiusmodi contractus vsurarij, tam iure diuino, naturali, canonico, & ciuili, sint prohibiti.

Secundo, si dominus Comes ista exceptione vsurarum, contra suam obligationem, & instrumenta, nollet vti, Vtrum F. de H. posset ex illis agere cōtra Comitem, pro restitutione Castri ablati, remedio possessorio recuperādę, perinde ac si indebite Iuris ordine non seruato, possessione Castri esset spoliatus. Et deciditur, quod non, cum ex literis obligatorijs constet, F. de H. proprio nomine nō adeptum aliquā possessionem, sed quod possederit nomine prædicti Comitis, tanquam Capitaneus, Quæstor, vel Administrator. Et licet habuerit ius reale hypothecæ in illo Castro, pro pecunia Comiti mutuata, tamen non possedit vt pignus, sed vt ex literis obligationis constat, vt Administrator D. Comitis. Ideo potuit per D. Comitem spoliari possessione, cum proprio nomine non possederit, & ius hypothecę quod habuit per oblationem, consignationem, & depositionem pecuniæ mutuatæ, resolutum sit.

Tertio, Vtrum possit recuperare Castrum, virtute specialis pacti, quo cauebatur, D. Comitem non debere expellere F. de H. nisi prouideretur de alio Castro. Et respondetur quod nō, cum videatur tacite renunciasse illo pacto, consentiendo prædictū Castrum alteri obligari. Et etiamsi nō renunciasset, prædictum pactū cōtineat in specie dispositum, ad quid scilicet D. Comes in casu, quo de alio Castro non prouideat, sit obligatus.

Quarto, Vtrum F. de H. possit Castro sibi oblato, regressum habere contra fideiussores, sibi antea illum contractum de Castro habitum, obligatos, pro certa summa debiti, &c. Et respondetur, quod non, cum illa obligatio, pro qua fideiussores intercesserant, sit extincta, & in posteriorem transfusa.

Quinto, Vtrum D. Comes teneatur F. de H. resarcire damnum quod passus est in reb. quas in Castro reliquerat. Et respondetur, quod nō, cum auferre potuerit, & noluerit, etiam cum vectura & expensis D. Comitis.

Sexto, Vtrum D. Comes vigore suæ obligationis, teneatur F. de H. resarcire omne damnū, etiam extra suā administrationem & officium sibi contingens. Et respondetur quod non, cū clausula in litera obligationis posita, sit restricta, ratione præcedentium, ad officium tantum.

Septimo, Vtrū aliquid valeat F. de H. contra Comitem attentare vigore pacti, quod permittit illi, propria autoritate Comites diffidare, & sic cōtra illum bellum, vel potius latrocinium mouere. Et respondetur quod non, quum huiusmodi pacta iure reprobentur, &c.

SVMMARIA.

1 *Quid sit vsura.*
2 *Vsura Iure diuino prohibita.*
3 *Vsura sunt prohibita Iure positiuo, canonico.*
4 *Hodie etiam Iure ciuili prohibita sunt vsuræ.*
5 *Vsuræ computantur in sortem.*
6 *Actus vsurarius ipso Iure nullus est, & per consequens, omnia capitula contractui apposita.*
7 *Pacta censentur apposita in fraudem vsurarum.*
8 *Ratio quare vsura omni Iure sit prohibita.*
9 *Vsurarij peccant in naturam.*
10 *Differentia inter pignus & hypothecam.*
11 *Differentia inter actionem pigneratitiam & hypothecariam.*
12 *Administrator & Procurator, non dicitur possidere, sed is, cuius nomine possidet.*
13 *Effectus obligationis, consignationis, & depositionis.*
14 *Castellanus possidet nomine alieno.*
15 *Sequentia per præcedentia, & præcedentia per sequentia declarantur, &c.*
16 *Quando actus geritur nomine contrahentis, etiam in præiudicialibus præsens & tacens regulariter consentire videtur.*
17 *Quomodo intelligantur Iura disponentia, quod in præiudicialibus præsens & tacens non intelligantur consentire.*
18 *Solum attenditur, quid principaliter agitur.*
19 *Quando sequentia determinent præcedentia, &c.*
20 *Extincta obligatione principali, extinguitur etiam fideiussoria.*
21 *Verba generalia restringuntur ad ea, de quib. dictum & conuentum est. Et sic ad specificata.*
22 *In contractu mens potius quam verba spectanda.*
23 *Pro disposito habetur illud, quod verisimiliter fuisset dispositum, vel non, si partes de hoc fuissent interrogatæ.*
24 *Verba interpretantur secundum naturam contractuum, & materiam subiectam.*
25 *Non valet obligatio, quod quis propria autoritate possit se vindicare, &c.*

CONSILIVM III.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quod in præsentiarum omnia supradicta sint iuri consona, breuissimis patebit. Et quantum attinet ad primum articulum, clarum est, quod vsura proprie fit & consistit in mutuo. Est enim vsura, *secundum Azonem in Summa sua. C. de vsu.* quicquid sorti accedit. Quam

 defini-

definitionem dd. super Rub. de vsuris in antiquis
supplent, & dicunt, quod vsura est, quicquid sorti
eccedit, scilicet ee pacto præcedenti, vel ee intentione.
1 Ioan.And.in c. Peccatum, de reg.iu.definit, dicens: † V-
sure est luctum ex mutuo, pecto vel conuentione eea-
ctum. Quem definitionem Doct.sup.Rub. communiter
sequuotur. Et Hostien.me iudice, valde egregie definit,
scilicet, quod vsura est, quicquid eccedit rei mutuatæ, i-
psius rei vsus grarie, ex pactione, vel iotentione habita in
contractu, vel io eeactione facta ex post facta. Quam de-
finitionam valde magistraliter declarat Ioa.de Ana.in d.
Rub. In qua quidem definitione duo sunt, Materiale sci-
licet vt mutuum, & Formale, vt eeactio: Et secundum
omnes dd vsura habet locum in illis rebus, in quibus cō-
sistit mutuum. Mutuum eutem consistit in iis, quæ pon-
dere, numero, mensuraue, &c. consistunt, per vulga, &c.
2 Et † vsuræ sunt hodie omni Iure prohibitæ. Primum de
iure diuino, Veteris sc. restamenti, vt Exodi 22. cap. ante
fi. ibi: Si pecuniam mutuo dederis, populo meo paupe-
ri, &c. nec vsuris opptimes. Item Deut. 23. Non fœnera-
beris fratri tuo pecuniam ed vsuram, nec fruges, nec quā-
libet aliem rem. Et Ezech. 18. cap. est horribilis teet.
contra vsurarioe, Ibi: Ad vsuram non commodeuerit, &
amplius non acceperit. Et sequitur: Ad vsuras dantem,
& amplius accipientem, nunquid viuet? non viuet. Item
Ezech. 22. ibi. Qui &c. vsuram, & superabundantiam ac-
ceperunt. Item Leui. 25. ibi: Nec accipias vsuras eb eo,
nec amplius quam dedisti. Time Deū, vt freter tuus pos-
sit viuete apud ta: pecuniam oon dabis ei ad vsuras, &
frugum superabundantiem ab eo non exiges. Item post-
ea Ps. 15. quærit in Spiritu sancto: Domine quis habita-
bit in tabernaculo tuo? Et respondet ioter cætere: Qui
pecuniam suem non dedit ad vsuram, & munera super
innocentem non accepit. Item & secundo sunt prohibi-
tæ vsuræ de iure diuino, in nouo testamento, in lege e-
uangelica, vbi dicit Saluator nos. Mutuum dantes, nihil
inde sperantes. Ecce filius Dei, & omnis veritas, dicit: Ec
nihil inde sperantes. Et paulo ante ista dixit: Et si motuū
dederitis iis, à quib. speratis recipere, quæ gretia est vo-
bis? Nam & peccatores peccatoribus fœnerantur, vt reci-
piant æqualia &c. Et si quem illi tex. & diuinæ commi-
nationes nō afficiunt & mouerint, vt contineer se ab o-
mni vsura, is nō est appellatione hominis Christiani di-
gnus, nec guttula, vel scintilla timoris Dei, vel veræ fidei
3 in eo est. Item & tertio, † vsuræ sunt prohibitæ, positiuo,
& humano, caoonico scilicet Iure. Et primo in sanctissi-
me Synodo Nycæna, *de quatu c. Quoniam, & pulch. tex in cap.
pen. 46 dist 14. q. 3. per tot. qui tex ibi valde egregie interpretantur
Iura diuina. Item 14 q. 5. & 6. per tot. Item per tot. tit. de vsuris, in
antiq. cap. qui repetiturum, in 6. & Clem.* 1. Et licet de iure ci-
uili vsuræ fuerint permissæ. *vt tot. titu. ff. & Cod. eodem.* &
postea de Iure Canonico, & etiam in Authen. vsque ad
tit. de eccles. tit. vsque ad certum modom permissæ & li-
mitatæ, *vt in l. Eos & l. Ab ea. Authen. Ad hac, & in corpore vnde
sum. Cod. de vsuris.* † Hodie tameo per d. tit. §. 1. de Ecclesia.
4 tit. colla. 9. sunt etiam de Iure ciuili prohibitæ, vbi Chri-
stianissimus Iustinienus mendat quatuor Cōcilie princi-
palia, Nicænum scilicet, Constantinopolitanum. Ephe-
sinum, & Chalcedonense seruari. Sed in Concilio pri-
mo, Nicæno scilicet, vsuræ fuerunt prohibitæ. *d. cap.
Quoniam. 46. distinct.* Et sic posterius Ius ciuile derogat o-
mnibus prioribus legibus vsuras permittentibus. Nec
leges ciuiles ibi secundum glo. potuerunt permittere v-
suras, propter prohibitionem Iuris diuini. Inferior enim
non potest tollere legem superioris, neque seruus legem
domini, *per Iura in gloss. allegata. cap. Cum inferior, de maio. &
obedien. Præterea dicit glo. ibi, quod Dominus dixerit ad Paulum:
Durum est tibi contra stimulum calcitrare, & ita contra man-
datum Dei. Et quod de iure ciuili vsura sint etiam hodie prohibitæ, te-
nent omnes Doct. in locis ordinariis, & notanter Legista, in d. Au-
thent. Ad hac. & in l. 1. C. de sum. Trin. & fide catho.* Et pro
tanto sunt prohibitæ vsuræ, quod etiam cum iuramen-
to promissæ, & solutæ repeti possint. *c. Debitores. extr.
de iure.* Hinc etiam † vsuræ omnium iure prohibitæ 5
computantur in sortem, ad eerenuandam sortem. *l. Si
non sortem. in princ. & ibi Bart. & Docto. notant ff. de condict.
indebit.* Et cum vsura, tanquam indebite soluta, possit
repeti, quie ius resistit, inferunt Docto. in d. l. Si non sor-
tem, quod etiam non valeat detio fideiussoris, oee pi-
gnoris, ex quo ius ipsum huiuscemodi actui resistit. Et
sic † cum lege tasistente, & prohibente, ectus vsurarius 6
sit ipso iure nullus, omnia pacte, conuentionas, & capi-
tula, in eo apposita, ipso iure non velent. *l. Non dubium,
cum sui materia. C. de ll.* & † pecta apposita ceosentur etiam 7
apposita in fraudem vsurarum. Ideo quiequid accedit
sorti principali, siue sit pecunia, siue alia res, siua pactum
est vsura. *c. Pleraque,* 14. q. 3. & licet variæ a variis adsiguen-
tur causæ prohibitionis vsurarum, tamen vna est, qua
lucrum vsurarum est contra pietatem, & charitatem
proximi. Nam proximo in necessitate constituto, debe- 8
mus subuenire. Item † elia ratio est, secundum Panor.
sup. Rubr. de vsu. quia vsura est quoddam vitium contra
naturam, cum in ea pecunia germinet pecuniam, con-
tra eius naturam: quia pecunia non est facta, vt germi-
net pecuniam, sed solum vt sit mensure rerum. *l. 1. Cod. de
contrah. empt. & vend. & pulcher tex licet vulg. in c. Eiciens. 88. di-
stin.* & sic vsurarij principaliter cōmittunt in Deum, abu-
tendo scilicet rerum vsum, quia quando per pecuniam
germinatur pecunia, est contra naturam, quia vendunt
vsum, qui non est. Hinc Ioan. Calder. in c. fina. de vsu. post
aliquos, vt refert & sequitur Ioan. de Ana. in d. Rub. de
vsu. *mihi, ante fi. 6. col.* ponit eliam rationem: Nam hæres
in qoibus consistit mutuum, & per consequens, io qui-
bus vsura constitui potest, vsu consumuntur, & vsus rei
non potest separari ab ipsa re, seu dominio rei. Nam vsus
pecuniæ nihil aliud est, quam contemptio pecuniæ, id
est, dominij pecuniæ Et sic qui vult recipere vsuram, pro
vsu pecuniæ, vult separari vsum à re, quod non potest,
cum vsu non consumatur, vt etiam clare videri potest in
venditiona vini, vel olei, in quib. etiam consistit mutu-
um, & sic vsura. Nam qui veodit vinum, & postea quoq;
vellet vendere vsum eiusdem, non posset: quia qui ven-
dit vinum, vendit etiam vsum, nec vnum ab elio potest
separeri. Quare etiam Aristoteles, nulla lege diuine edo-
ctus, ne arctatus, sed sola ratione naturali inductus, de-
testatus est lucrum vsuræ, tanquem neturaliter illicitum, 9
vt paret 1. Polit. Et sic † vsurarij peccant etiam in natu-
ram. Ex quib. iam liquide infertur, Contractum vsurariū
sui natura vitiosum, & melitia conuolutum esse: & per
consequens, vsuram de Iure diuino & positiuo, tanquam
per se malam, detestatam esse, atq; prohibitam, & non
esse licitum peccatum, quia ipsa est probibita. Sed prohi-
bita, quia melum & peccatum per se, quod etiam vltra
prædicta confirmatur, quia clarum est, rapinam sui natu-
ra malem, & melitia coouolutam, & ita per se pecca-
tum esse. Sed accipiens vsuram, rapinam facit *c. Si quis,* 14.
q. 4. & sunt verba B. Ambrosij: Est autem rapine improbis,
& detestabilissimum maleficium. *Inst in prin. de oblig. quæ ex
delict. nasc.* Et sic paret prime responsio optime fundata, in
qua optatem plura adducere, in detestationam criminis
vsurarum, hac ætate nostra, proh dolor, excrescentis, in
perpetuum interitum animarum, & quod maximum est,
in contemptum diuinæ maiestatis.

Pro clariori autem confirmatione & probatione

secunda

secundæ responsionis, in qua vis huius causæ principaliter consistit, sunt præmittenda aliqua Et primo; Quod
10 licet † inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, non sit differentia, quia tam pro pignore, quam pro hypotheca datur q. Seruiana, vel hypothecaria: tamen est magna differentia inter ea, quia pignus proprie, traditione & in re mobili constituitur, Hypotheca autem sola conuentione contrahitur, in re mobili. Item in pignore transfertur possessio, non autem hypotheca. §. *item Seruiana, in 2. respon. ibi, Inter pignus, vsque ad fin. & glo. ibi, in verbo, Maxime, in 2. parte, ibi, dictum, qua etiam in princ. declarando text. duit, quod licet maxime ibi abundet. Inst. de actio. Et ibi Nicol. de Neapol. Angel. de Aret. & Ioan. Fab.* Licet etiam largo modo pignus possit dici, etiamsi non tradatur. *l. Si dominum. & l. Cum dominam. Cod. de pignor.*

11 Secundo, † quod actio pignoratitia & hypothecaria in multis differunt, *vt declarat glo. magistra. & singula. in §. Tertii, in verbo, E i ula. & in verbo Eadem, res scilicet obligatas, & ibi valde pulch. Bart. in proœm. ff. torum.* Et inter cætera differunt, quia actio quasi Seruiana, siue hypothecaria, est actio Realis, siue in rem. *l. Pignoris, l. Si fundum. §. In vendicatione. ff. de pignor. l. Pignoris, cum concordantiis ibi in gloss. adductis. Cod. de pignor.* Et pro tanto hypothecaria est realis, quod etiam nihil penitus habeat personalitatis, sed realitatis, per tex in l. 2. C. Si quis ex pluribus hæred. cred. *quem etiam allegat Nicola. de Neapol. in 1. opposit. gloss. in d. §. Item Seruiana.* & Bald. in l. 2. ponderat eum ibi ad hoc, & habet eum pro valde notab. reprehendens per hoc glo. in l. Si tibi decem. §. de pignore, circa finem. ff. de pact. In quantum vult, quod hypothecaria habeat aliquid personalitatis, ratione consensus, *& refert & sequitur D. Ias. in d. §. Item Seruiana, sup. glo. in verb. in glo. ibi. Et Seruiana, mihi. in prin. 27. colum.* Et non dicitur hypothecaria actio realis, quod in ea requiritur traditio, prout in contractibus, ex quibus constituitur ius in re, si sequitur vel interuenerit traditio, *iuxta l. Traditionibus. Cod. de pact. §. Per traditionem. Insti. de rerum diuisione.* Quia hypothecaria solummodo consensu contrahitur. *l. 1. ff. de pign. actio. d. l. Si tibi decem. §. de pignore. ff. de pig.* Si dicitur actio Realis propter ius, quod habet creditor in re hypothecata constitutum, ex nudo consensu. d. §. de pignore, secundum Bart. in d. l. Pignoris. C. de pign. vbi Bart. ad finem dicit, quod hypothecariæ actionis sunt duæ causæ. Vna mediata, scilicet pactum, vel consensus. Et de illa causa loquitur d. §. de pignore, de qua Bart. in d. l. Pignoris opponit. Alia est causa immediata, quæ erat in hypothecaria actione, scilicet ius, quod constituitur in pignore ex pacto, & secundum hanc etiam hypothecaria est realis, quia oritur ex iure, quod quis habet in re, sicut aliæ reales. §. *Omnium, cum ibi not. Inst. de actio.* Et per hoc D. Iaso. vbi sup. reprobat, & bene Pet. ibi de Bel. Ioan. Fab. & Ang. volentes istud ius accusari propter cohærentiam contractus principalis, tamen in præsentiarum non est vis, vnde censetur illud ius reale, quum iure cautum sit quod hypothecaria sit realis. Et sicut ista hypothecaria nascitur solo consensu. *l. Maior. vbi text. ad literam, & ibi Doct. Cod. de pig.* Imo etiamsi interueniat traditio pignoris, tollitur solo consensu, in effectu, ope scilicet exceptionis *d. l. Si tibi. §. de pignore, secun. verum intellectum gl. ibi communiter approbatum, Bart in d. l. Maior.* Et huiusmodi hypotheca datur solum creditori & hæredib. contra quemlibet possessorem, cum sit in rem. *d. l. Pignoris. l. Si debitor. C. de distract. pigno. l. Si conuenerit. §. Si fundus ff. de pignora. actio.* Et per eam solam & nuda possessio, per creditorem aduocatur. *l. Si cum venditor, in prin. ff. de euictio.* Dicitur enim hypotheca, vbi non transfertur possessio in creditorem *l. Si rem alienam. §. Proprie. ff. de pignora. actio.* per text. infert ibi Bart. quod in libello hypothecaria debet concludi. Quare peto possessorem condemnari ad tradendum rem possidendam in causam dicti pignoris, &c. *Et plenius Bart. in l. Rem. alienam. ff. de pigno. Concludunt dd. in d. §. Item Seruiana.* Actio autem pignoratitia est personalis, seu in persona, *secundum d. glo. in d. verbo, Obligatos, iuribus in ea alleg. in proœm. ff.* Et directa competit debitori contra creditorem, soluto debito, ad restituendum scilicet pignus *d. l. Si rem. §. Omnis pecunia. §. Creditori. Insti. Quibus modis re contrah. obliga.* Item nascitur si pecunia non fuit soluta; sed oblata, deposita, & consignata extra iudicium, quia statim liberatur debitor à personali obligatione, & etiam reus a reali, *vt in l. Obsignatione. Cod. de solutio.* Idem si sola obligatio fuisset facta in iudicio. *d. l. Si rem alienam. §. is quoque.* Idem est præmittendum, quod licet pignoratitia non detur debitori, nisi soluto debito & modo, quo iam dictum est, tamen totum est econtrario in hypothecaria, quia illa solutio, vel oblatio, &c. debiti non amplius datur creditori, imo extinguitur sicut personalis. *l. Soluitur. in prin. §. 1. ff. Quibus modis pig. vel hypo. sol. Paul. de Castr. super Rubr. de pigno. actio.* Item præmittendum est, quod procurator, vel alius administrator, & † regulariter omnis, qui alieno nomine possidet, non dicitur possidere, sed solum is dicitur possidere, cuius nomine possidetur. Nam tales solum nudum ministerium præstant. *l. Quod meo, in princ. & ibi Docto. ff. de acqui. poss.* Imo per administratorem quemcumque. Si hoc agitur, nobis acquiri possessio potest. *l. 1. §. Per procuratorem. ff. eod. tit. de acqui. possess.* & quia dicit tex. in d. l. Quod meo, in princ. Quod is possideat, cuius nomine possidetur, infert ibi notanter ex hoc Alex. de Imol. de quo in 2. col. vers. Ex isto tex. nota. quia tex. non vtitur in his verbis denotantibus fictionem, vel improprietatem, sed verbis denotantibus proprietatem, quod per hoc notat, quod per istud constitutum transferatur vera possessio in istum, cuius nomine possideatur. Item † sciendum est, quod oblatione, depositione, & consignatione, quando pecunia debita oblata per debitorem, non recipitur per creditorem, vel quando eius copia haberi non potest, liberetur debitor à debito, & habet vim legitimæ & perfectæ solutionis. *d. l. Obsignatione.* Et secundum communem opinionem liberat ipso iure debitorem ab obligatione sortis, & vsurarum, liberat etiam pignus. *l. Acceptam, cum ibi nota. Cod. de vsu.* vt ista per D. Consulentem bene ostensa sunt. Ideo breuitatis intuitu hic omittuntur. Et licet tex. in d. l. Obsignatione, dicat, obsignatione totius debiti solenniter facta, liberationem induci, tamen ab hoc excipit tres casus, nisi aliter conuentum esset. Secundo, nisi debitum non sit liquidum, volens tunc per depositionem & consignationem debiti liquidi, cōtingere liberationē *per l. Quidam. ff. Si cer. pet.* Præterea † clarissimum est, quod Castellanus possidet nomine alieno, qui in obligatione mutui dicitur locasse operas suas. *l. Quæro. §. Inter locatorem, cum ibi nota. ff. Locati. l. Idem, à contrario sensu, cum ibi notatis. C. eod. tit.* Quare is possidet, cuius nomine per ipsum Castellanum possidetur. *d. l. Quod meo, in prin.* Ex quibus iam liquide infertur, quod cum in bonis immobilibus attinentibus ad castrum Hoy, exceptis castro, oppidulo, & duob. pagis F. de H solum ius hypothecæ habuerit, & per cōsequens possessio eorundem, sicut solum hypothecatorum nunquam transit in ipsum, cum sibi non iure pignoris, sed solum vt administratori, castellano, Und als einem Drost vnd Diener, tradita fuerūt: quod etiam ex hoc clare apparet, quod sc.

12 (margin, beside "procurator, vel alius administrator")
13 (margin, beside "Item † sciendum est")
14 (margin, beside "Præterea † clarissimum est")

quo ad traditionem eorundem, & commissam administrationẽ eorũ, nulla penitus reperitur in literis obligatoriis differentia inter hypothecata, & nõ hypothecata. Et sic F. de H. non dicitur possedisse, sed vere & proprie Comes ipse, cuius nomine possidebatur, imo Comes nõ solum per ipsum F. de H. ante dispositionem & consignationẽ, sed etiam per se & familiam, semper transit in naturali, & ciuili possessione Castri & bonorum ad ipsum pertinentium, &c. Si ergo possessio nunquã translata fuit in F. de H. sed semper mansit penes Comitem, sequitur ꝙ facta solutione, depositione, & consignatione totius sortis, & sic totius debiti, vel saltẽ liquidi, & sic tenore literarum obligatoriarum, loco & tempore congruis corã testibus, & honestis viris à D. Com. non fuit opus Comiti vti actione pignoratitia, quę in personã est, & cõpetit debito soluto, vel deposito, & consignato debito cõtra creditorẽ, vt restituatur sibi pignus. *d. §. Omnis pecunia. l. penult. C. de pig. act. & l. Creditor. C. de pign.* contra F. de H. vt restitueret sibi bona hypothecata, cum in eum nunquam translata fuerit possessio eorundem. Quia vt clarissime ostensum est, in præsentiarũ sæpe nominata bona non fuerunt pignoris iure, sed tantum hypothecæ; in qua hypotheca non transfertur possessio in creditorẽ ipsi F. de H obligata, nec iure pignoris ei tradita, sed solum administratio ei, als einem Drosten cõmissa. Ideo non solum non opus fuit domino Comiti, intentare pignoratitiam actionem, contra F. de H. pro restitutione huiusmodi bonorum, sed etiam cum effectu non potuisset, cum possessio eorundẽ semper remanserit penes Comitem. Et sic etiam non potuit ipsum F. possessione, quam non habuit, priuare, quia priuatio præsupponit habitum. *l. Decem, cum simil. ff. de verb. obl.* Quia Comes ipse vere & proprie non solum per se, sed etiam per F. de H. vt castellanũ & Drosten suum dictum castrum, cũ attinentiis hypothecatis, & non hypothecatis, possedit, & ipse F. de H. nomine suo nec possedit, nec detinuit, nec detentauit, sed solum nomine Comitis; Ergo non opus fuit Comiti agere pignoratitia actione contra eum, vt restituat, ꝙ iure pignoris nomine suo nec possederit, nec detinue: it, &c. Et sic patet fundamentũ capitale, pro D. Comite minime obstare, & quod iura volentia debitorẽ soluto debito, &c. nõ posse propria autoritate capere pignus, sed debere contra creditorẽ actione pignoratitia agere. *d. l. penult. cum simil.* Et quod spoliatus ante omnia debeat restitui, in præsentiarũ non habet locũ, cum non simus hic, vt clarius claro ostẽsum est, in materia actionis pignoratitiæ. Ex productis omnib. iam etiam clarissime amplius infertur, quũ sæpe nominata bona solum fuerint ipsi F. de H. iure hypothecæ obligata, & D. Comes post factã denunciationẽ totam sortẽ, vna cum aliis, iuxta tenorẽ literarum obligationis loco & tẽpore congruis corã honestis viris obtulerit, deposuerit & consignauerit, quod huiusmodi bona ipso iure, non solum virtute supra adductæ clausulæ, de qua in literis obligatoriis, ibi scilicet, Und wenn diese bezahlung also in massen wie oben geschrieben/geschehen ist/etc. Cum etiam solo nudo consensu regulariter tollatur ipso Iure hypothecaria *d. l. Maioris.* sed etiã ex dispositione legis, *sc. d. l. Soluitur.* ab omni iure hypothecæ liberata fuerunt, & hypothecaria, quæ ante solutionẽ, siue depositionem competebat ipsi F. de H. tanquã creditori, tunc extincta & sublata fuit, cũ vt dictũ est, per d. l. Soluitur, &c. hypothecariã, quæ in rẽ est, &c. & creditori datur solutio & depositio, &c. totius debiti, vel saltẽ liquidi, ipso iure tollat. Quod autem ante resignationem officii sui, depositionem. &c. debiti, solũ habuerit administrationem dictorũ bonorum, Als ein Drost vnd Diener/lucidissime supr. dispositiones & clausulæ, in literis obligatoriis expressæ, quibus aliæ clausulæ sequentes, &c. in nullo obstant, cum secundum eas intelligantur & interpretentur: † declarantur enim & re- 15
stringuntur præcedentia per sequentia, & sequentia per præcedentia. *l. Si seruus plurium. §. 1. cum ibi not. ff. de legat. 1. l. Nam quod liquide. §. fin. ff. de penu lega.* Item supra adductæ clausulæ & præcedentes, expressæ & determinatę disponunt & loquuntur, scilicet, Daß der Graff F. de H. viel gedachte Güter/als einem Drost vnd Diener/eingethan hab. Ergo omnes sequentes clausulæ & dispositiones, generaliter loquentes, secundum præcedentes intelliguntur & restringuntur. Nam quando præcedentia sunt expressa, & determinata, & sequentia sunt obscura, & generalia, præcedentia determinant & restringunt sequẽtia. *l. Legatum. §. fin. ff. de lega. 2. & ibi pulch. Cyn. refert & sequitur ibi Bald. in fi. vers. & dicit hic Cynus. D. Ias. post eos, in d. l. Si seruus plurium. §. fin. vers. Item adde quod ibi, &c.* Et per ista omnia arbitror fundamentum capitale F. de H. iure sublatum esse, cogitent alii de meliori & subtiliori.

Similiter & tertium responsum est indubitatum. Nam ex quo F. de H. non solum fuit præsens, & tacuit, quando D. Comes ad decennium locauit N. Castrum, sed tanquã mediator inter Comitem & N. hoc fecit, quod virtute contractus inter eos habiti, Comes tradidit ei huiusmodi Castrum, & etiam literas sup. huiusmodi cõtractu cõcepit, quod ipse præiudicauerit sibi, per expressum huiusmodi cõsensum suum factum, declarantem, vt iuri suo de quo in literis datis anno, &c. XXVII. renunciauerit.
Nam † etiã in præiudicialib. & quando actus geritur no- 16
mine contrahentis & locantis, præsens & tacens videtur generaliter consentire, & contractum approbare. *l. Si vero non remunerandi. §. Si passus. & l. qui patitur. ff. Mandati.* Et hoc est sine dubio, quando tacens potuit contradicere, tunc tacendo videtur consentire, *l. Caius, cum ibi nota. per glo. & Doct. ff. de pign. act.* Quanto magis videtur in terminis propositis F. de H. consensisse, & contractum inter Comitẽ & N. initum approbasse, & per consequens iuri suo præiudicasse, cum non solum tempore præfati contractus fuerit præsens, & tacens, sed imo egit inter contrahentes, vt contractus inter eos perficeretur, & formam contractus præscripsit, per text. in l. Fideiussor. §. Pater, in fi. vbi Modestinus respondet, cum sua manu, pignori, domum suam futurã, Seius scripserat, consensum ei obligationi dedisse, manifestum est. ff. de pign. l. Sicut. §. Non videtur. ibi, Sed si subscripserit forte in tabulis emptionis cõsensum dedisse videbitur, &c. Et sequitur in litera: ꝙ obseruare oporret, & si sine scriptis consenserit. *l. Titius. §. fin. ff. Quib. modis pig. vel hypoth. sol. Item probatur per text. singularem in l. Si filiofamilias. ff. Ad Macedo facit Clem. 1. cum ibi notatis, de procur.* Et non obstat d. l. Caius. & l. Qui vas. §. Vetate. ff. de fur. & c. Is qui tacet, de reg. iur. in 6. Quia † lo- 17
quuntur illa Iura, & similia, quod in præiudicialibus tacens non videtur consentire, quando contradicendo nõ potuerit actum impedire. Secus quãdo vltra taciturnitatẽ scienter interuenerit aliquis actus positiuus: *per iura iam adducta, & per ea quæ not. Bar. & Legist. in l. Quæ dotis. ff. solu. mat.* Præterea secunda pars istius responsionis est indubitata. Nam ex quo in dict. literis datis anno XXVI. Dominica Oculi, certa forma quid faciendum sit, scilicet si dominus Comes, &c. non tradiderit F. de H. &c. præscripta sit in sequenti dispositione, in prædictis sc. verb. Were auch sache/secundũ illam formã ad sola damna, quę probare posset, &c. agendũ esset. Et non vt sibi Castrum tradatur, cum hoc in huiusmodi contractu, prę sertim stricti iuris, omissum sit, & quicquid in illis literis nõ est verbis expressum, habetur pro omisso. *l. Si ita stipul. §. Chrysogo.* ff. de

fin de verb. obl. Et sic ex dicta clausula apparet, quid actum
sit inter contrahentes, & sic ad quid D. Comes teneretur
F. de H. in casu scilicet, Wenn sein G. jm die Güter/ rc. nit
einhete/ Nemlichen/ daß sie mit jm handlen solten/ daß er
18 deß ohn allē schaden bliebe. Ergo † ad aliud ag. non potest,
quia attenditur id. quod principaliter agitur. *l. Cum quid.*
ff. Si cert. peta. l. 1. in prin. ff. de autori. tuto. l. Nam adversa. ff. Ad l.
Rhodi. de iactu. Præterea cum d. clausula sequens, sit omnino
certa, expressa, & determinata, specificans scilicet &
exprimens, ad quid Comes teneretur, in casu de quo ibi,
& præcedentia sunt generalia & obscura, sequitur quod
19 determinat etiam præcedentia. Nam † quando præcedentia
sunt obscura, vel generalia, sicut in clausulis dictarum
literarum, obligationis, &c. XXVI. datis. quantum
scilicet attinet ad Castrum, cum non exprimitur,
quid fieri debeat in sæpe dicto casu, & sequens clausula
est determinata, cum hoc expresse specificet, tunc
sequentia determinant & declarant præcedentia, *per*
opt. text. in l. Si cum fundum. ff. de verb. signif. Cyn. Bald. & D.
Ias. vbi sup.

Quantum autem attinet ad quartum responsum, satis
patet ex prædictis. Nam cum per solutionem 20000.
flo. in quorum numerum deducta præfata summa est,
20 quia ita liberatio totius sortis, siue summæ, & † extincta
obligatione principali debitoris præfati D. Com. intelligitur
necessario extincta obligatio fideiussoria, tanquam
accessoria, & omnis cautio desuper emanata. *l. fin.*
ff. de pact. l. Cum principalis, cum simil. ff. de reg. iur. facit regula accessorium,
de reg. iur. in 6.

Quinta responsio apte colligitur ex regula: damnum
quod quis sua culpa sentit, sibi debet non aliis imputare,
de reg. iur. in 6. cum concord. in glo. quæ est sumpta ex l. Quod
quis sua culpa. ff. de reg. iur. Et bene facit inter cætera ad propositum
tex. in gl. in d. l. Damnum, allegatus in c. Si clericus,
in princip. de præben. in 6. Imputet ergo sibi cur
neglectum fuerit, & hodie negligitur, & ex proposito
omittitur, quod supellex eius non aufertur de Castro,
&c. Istud est etiam bonis iuribus per D. Consulentem
ostensum, quæ breuitatis intuitu omittuntur, & præsertim
per op. text. ab eo allegat. in l. cum proponas. C. de
nau. fœno. vbi etiam is, qui pacto suscepit in se periculum
casus fortuiti, non tenetur, tamen de casu fortuito
contingente ex culpa, & facto aduersarii.

Et quia dominus Consulens satis aperte & erudite ostendit
veritatem sextæ responsionis, declarantis scilicet
prædictam clausulam, generalem, insertā literis obligatoriis.
scilicet, Und genanter F. de H. von allen schulden/
rc. Ideo omnia per eum adducta superflue, non repetam,
sed aliqua pro confirmatione prædictorum, &
clariori elucidatione veritatis adducam. Et primo, vrēr
per Dominum Consulentem tactum est. Nam in clausula
generali, & indeterminata, scilicet, Vor allen schaden/
non specificatio de quibus damnis, nedum sequitur
immediate, dispositiones in literis obligatoriis speciales
expressas, & omnino determinatas, sed dispositionē,
in Vers. Nun soll vnnd mag gemelter F. de H. alle dieweil/
rc. Sed etiam est inserta sioi dictæ secundæ dispositionis.
& completur, cum eā sequitur necessario illam clausulam
sequentem, generalem & indeterminatam, imo &
insertam secundæ dispositioni, intelligi, & restringi secundum
præcedentes certos specificatione, & expressione
determinatos, de officio scilicet & administratione,
&c. F. de H. *d. l. Legato. §. fin. & quod ibi notat Cy. & Bald. ff. de*
lega. 2. D. Ias. in l. l. Si servus plurium ff. de leg. 1. Et hoc optime
probatur per tex. in l. Emptor. §. Lucius. ff. de pactis,
hoc modo inducendo, quia ibi generalis quietatio, &
ita liberatio debitoris à debito, restringitur tantum ad
ea, quæ sunt de rationibus, non autem refertur ad ea quę
fuot extra solidum, & tamen ibi fuerunt verba vniuersalia
duplicata, ibi scriptum cuiuscunque sententiæ, &
ex quacunque causa, &c. Si hoc est in liberatione, quia
est fauorabilis. *l. Arrianus, cum simil. ff de actio. & oblig.* multo
magis & fortius in præseoriarum. sæpe tacta verba generalia,
& obligatio inductiua, restringuntur ad ea, quæ
dicta sunt in præcedentibus dispositionibus, imo in eadem
Iuris dispositione, cui annexa sunt illa verba generalia,
& non referuntur ad damna emergentia extra administrationem,
& quæ non contigerunt ipsi als einē Drost
vnd Diener/ præfati Comitis, *ad idem. l. Si ex plurib. in prin.*
ff. de solutio. † Verba enim generalia sequentia restringuntur 21
ad causam prius specificatam. *d. l. Si de certa. & ibi Legista.*
Cod. de transact. d. l. Legatum. §. 1. ff. de lega. 1. cum similib. Nec
obstant iura disponentia, verba generalia debere generaliter
intelligi, & à propria significatione verborum
non esse recedendum. *l. 1. §. Cum generaliter. ff. de lega. 3. quia*
secun. Bald. in d. l. fin. ver. fin. C. de hære. & actio. vend. nisi leges,
generaliter loquentes, distinguantur per speciem appositam
generi, vel habentem limitare genus, *per text. in d. l.*
Emptor. §. Lucius. & d. l. Si de certa. l. Tres fratres. ff. de pact. l. Si
ex maiore, de exceptio. cū aliis ibi per eum alleg. Ideo Guilhelmus
de Curteo, Franc. Ang. & communiter Moderni, in l.
Si de certa, & Moder. in d. §. Lucius, reprobant gl. ibi,
& dicunt per prædicta, & alia iura, quod quando generalitas
potest restringi, salua ratione recti sermonis, tunc
debet restringi, sed in terminis nostris, vt claret, dicta
verba generalia, vor allen schaden/ nedum salua ratione
recti sermonis, ad præcedentia, & sic ad damna emergentia
ipsi F. de H. in officio, seu administratione eius
possint restringi. Imo si non restringantur ita, sed extenderentur,
etiam ad damna extranea, ei obuentura culpa
sua, sequeretur maxima absurditas, & contra mentem ipsius
Comitis, † quæ mens siue voluntas etiam in contractu 22
est magis attendenda, quam verba. *l. Sum venditione,*
cum gl. penult. ff. Communia prædio. opt. tex. cum simil. in l. fin.
C. Quæ res pign. oblig. non possunt. Item nedum † in legibus &
statutis, sed etiam in conuentionibus, siue contractibus, 23
illud habetur pro disposito, vel non disposito, quod verisimiliter
fuisset dispositum, vel non, si quis de hoc interrogatus
fuisset, *gl. est notab. & communiter ad hoc allegatur.*
& ibi pulchre Bald. inno not. in l. Tale pactum. §. fin. ff. de pact. &
ibi D. Ias. cum multis concordan. in fi. ibi, in quarta & vltima. Item
ex quo F. de H. extra officium suum facto vel culpa
sua contigit damnum, omnino extraneum ab administratione
siue locatione opum suarum, sc. captiuitatis eius,
& exactionis, &c. illud non potest imputari Comiti,
etiam si Comes periculum casus fortuiti suscepisset,
sicut tamen non accepit, & administratio eius non fuisset
finita, sicut tamen fuit finita. *d. l. Cum proponas. & ibi pulch.*
Paul. de Cast. Et pro complemento omnium prædictorū,
videlicet quod illa vniuersalitas, vor allen schaden/ nihil
D. Comiti obsit, probatur etiam per text. in d. §. Sed cum
vos. Ibi, itaq;, proculdubio quidē necesse est, institutiones
in omnibus studiis, primum sibi locum vendicare,
cum gl. ibi in verbo. Studiis in procemio, ff. vbi gl. dicit,
studiis, id est, omnib. studentib. non vt sentias, de aliis artib.
vel studiis, cuiuscunq; anni, vel incipientib. quocunque
anno, vel. i. quocunque loco studentibus: subdens,
idoneis nostris tamen. &c. Quanto fortius in literis dicta
clausula restringitur ad specificata in præcedentib. imo
& connexis de damnis scilicet obuenturis F. de H. in officio
suæ administrationis, † cum verba intelligantur & 24
interpretentur secundum naturam cōtractuum, & ma-

teriarum subiectarum.*l. Si vno, in princip. & ibi Bar. ff. Locati. l. Damni infect. quidem, in prin. ff. de dam. infect. cum simil.*

Septima responsio vltra citata per d. Consulentem patet. Nam explorati iuris est, quod huiusmodi diffedationes priuatę, sunt à Iure prohibitę, ita quod taliter diffedantes non sint hostes, sed latrunculi, siue prædones. l. Hostes. ff. de verbor. signif. vbi dicitur: Hi hostes sunt, qui nobis, aut quibus publice nos bellum indiximus, cæteri lattrones, aut prædones sunt. Et subiungit ibi gl. Latrones à latendo in syluis, vel alii publice tamen postmodum rapiunt. Et sic latrones & prædones ponit pro eodem. *l. Hostes, & ibi pulc. gl. in verbo Prædones. vers. Qui sunt latrunculi. ff. de capt. & postlim. reuer.*

Et de istis loquuntur etiam text. in l. Capitalium. §. Famosos. ff. de pœnis, vbi disponitur hos famosos latrones in his locis, vbi grassati sunt, furca figendos esse, vt & cóspectu deterreantur alij ab ijsdem facinoribus, &c. Et omnis promissio nedum de delicto, seu maleficio committendo, seu iam commisso, est tanquam turpis, ipso iure nulla. *l. Si plagii, & ibi pulchre Legista. ff. de verbor. obligatio.*

15 Et † omnes promissiones, tendentes & inuitantes ad delinquendum, non valent. *l. Conuenire. ff. de pact. dota. l. Si vnus. §. illud. ff. de pactis.* Item generaliter omnes stipulationes turpes, nullius momenti sunt. *l. Generaliter ff. de verbo. obliga.* Impia est enim promissio, quæ scelere adimpletur, *vt inquit tex in c. In male promissis, in fi. 22. q. 4.* Et ideo in huiusmodi promissionibus habet locum Regula: In male promissis rescindi finem. Nec iuramento obligantur illæ promissiones. *l. Non dubium. C. de legibus, c. Cum iura. de homicid. cum simil. c.* non est obligatorium, contra bonos mores præstitum iuramentum, *de reg. iur. in 6.* quia tale iuramentum non potest sine interitu salutis æternæ seruari, Ergo, &c.

THEMA CONSILII IIII.

Quod ex contractu emptionis & venditionis, secuta traditione, trásferatur in emptorem dominium rei venditæ, si venditor fuit dominus, vel si non fuit dominus, vsucapiendi conditio.

Secundo, quod coloni & conductores nó possideant, neque ciuiliter, neq; naturaliter, sed tãtum detineant. Et quod non possint præscribere proprietatem rei conductæ, quemadmodum nec vsufructus. Secus in vasallo, & Emphyteuta. Et quomodo in dubio cognoscatur, vtrum quis sit colonus temporalis, vel perpetuus, ex coniecturis, vel mutatione census.

SVMMARIA.

1 *Stipulatio regulatur secundum naturam contractus.*

2 *Coloni siue conductores, nec ciuiliter, nec naturaliter possident rem conductam.*

3 *Emphyteuta non potest præscribere contra dominum directi dominii.*

CONSILIVM IIII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Præmissæ responsiones breuiter probantur. Et prima quidem responsio data ad primum quæsitum, est sine dubio, cum expressi Iuris sit, quod licet venditor non teneatur ad dandum rem, sed solum ad tradendum, tamen si ipse fuerit dominus rei, tradendo eam, transfert dominium ipsius rei venditæ in ipsum emptorem: si autem non fuerit dominus, vsucapiendi conditionem. l. Ex empto, in princ. Ibi, dum dicit. Et in primis præstare vendito oportebit, id est tradere, quæ res siquidem dominus fuerit venditor, facit & emptorem dominum. *ff. de Actio. empt. & vendit.*

Et probatur etiam per text. in l. In conuentionalib. in §. fin. in fine, vbi dicit: Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum pactum, hæc stipulatio continebit, sed causam bonorum. ff. de verbor. obligat. vbi est casus secundum intellectum Azon. ibi, quem Bart. & communiter dd. sequuntur. Quod si stipulationem vacuam possessionem tradi præcedat contractus venditionis, de cuius quidem natura venit translatio dominii, si venditor est dominus, quod tunc in tali stipulatione; vacuam possessionem tradi, veniat tradi translationem dominij. Et ratio est, quia † stipulatio regulatur secundum natu- 1
ram contractus super quo interponitur. *l. Si stipulatus, in pr. ff. de vsuris*, & sic secundum illum communem & verum intellectum d. §. fin verbum, ibi in text. positum, sed causam bonorum, exponitur, id est, proprietatem, siue dominium. Et ita necesse est ibi subaudire propter concordiam iurium, & ita l. Si rem tradi. ff. eodem tit. vbi præcise videtur probari contrarium: dicitur enim ibi, si rem tradi stipulamur, non intelligimus proprietatem eius dari stipulatione, sed tantum tradi, non obstat. Nam d. §. fin. secundum verum intellectũ, intelligitur dum dicit, quod stipulatio rem tradi, non continet nudum factum, sed causam bonorum, id est dominium, quãdo scilicet precedit contractus, seu causa habilis, ad translationem dominij, cuiusmodi est contractus empti. & vend. si scilicet venditor fuerit dominus. *d. l. Ex empto. in prin. vt etiam pulchre declarat Bart. in l. 1. in prin. in 3. col. vers. Item quæro vtrum vendi. ff. de Actio. empt. & vendi.*

Et pro clara elucidatione veritatis aliarum responsio-
num, † est præmittendum; Quod coloni siue conducto- 2
res, nec ciuiliter, nec naturaliter possidēt rem conductã, quia dominus retinet ciuilem possessionem animo, & Colonus possidet naturaliter, non sibi, sed domino locatori, sed solum detinet. l. 1. vbi dicitur: Qui ex conducto possidet, quámuis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino rei creditur possidere, neque enim colono, vel conductori prædiorum, longæ possessionis præscriptio acquiritur. Et dicit ibi gloss. & sic dominus habet per se ciuilem, per Colonum naturalem. C. Com. de vsucap. l. non solum. §. Quod vulgo, in fine, dum inquit: quanto magis in Colono recipienda sunt, qui nec viuo nec mortuo domino vllam possessionem habet, & ita apparet per illam vniuersalem, nullam possessionem, quod tex. ibi à colono excludit omnem possessionem, & ita etiam dicit gloss. ibi in fine, in verbo, Nullam. Tu dic nullam, neque naturalem, neque ciuilem. ff. de vsucap. l. Male agitur, vbi etiam habetur, quod precario tenentes conductores, vel coloni, nó sibi, sed alijs possidentes nullo tempore præscribant. Et dicit etiam ibi inter cætera text. quod non conuenit eos appellare possessores, qui ita tenent, vt ob hoc ipsum debeant præstare solidã mercedem. *C. de præscrip. trig. anno.* Et quod colonus siue conductor nec naturaliter, nec ciuiliter possideat, probatur aperta ratione, quam pro hoc etiam adducit Saly. in d. l. 1. Quia si colonus nó admittat dominum ad possessionem rei, quam ei locauerat, ipsi domino datur interdictum recuperandæ possessionis, quod alias non daretur, nisi ipse dominus possideret, cum non detur nisi possidenti. *l. 1. §. Interdictum & l. 3. §. Eum. l. Cum fundum. ff. de vi & vi arma.* & ideo Saly. in d. l. 1. post prin. dicit; Quod hæc detentio, qua colonus detinet rem corporaliter, non sit sibi possessio, sicut nec asino sellæ detentio, est possessio. Idem dicit Bald. in dict. leg. Male agitur, videlicet quod illa

sit ra-

sit ratio, quod colonus vllo tempore non præscribat, quia nullam possessionem, nec naturalem, nec ciuilem, sed solam simplicem detentionem asininam habet, sine autem possessione nec præscriptio, nec vsucapio currit. *l. sine possessione, de regulis iuris. in 6.* Nec prædictis obstat textus in l. communi diuidundo. §. neque. vbi dicitur: Neque colonis, neque eis qui depositum susceperunt, hoc interdictum competit, quamuis naturaliter possideant. Et respondet gloss. ibi, in verbo, possideant, scilicet alii, non sibi, vt patet per tex. in d. l. 1. dum dicit: Non tamen sibi, sed domino, licet glo. ad hoc non citet d. l. 1. Item secundo, respondet gloss. vel possideant, id est, detineant, cum nec naturalem, nec ciuilem possessionem habeant. *ff. communi diuidund.* Nec obstat tex. in l. 2. §. Quod vulgo, alias primo, ibi, & propterea responsum est, nec colonum, &c. quia glo. ibi respondet inter cætera, quod ille vers. addat prædictis. Quasi dicat, si ita est in ciuili, & naturali, scilicet vt nemo possit sibi causam possessionis mutare, ergo magis in nulla, & sic tex. ibi mutat casum, *secund. Sal. in d. l. 1.*

Item & secundo est præmittendum, quod licet colonus vel conductor, etiam longissimo tempore, non præscribat dominium rei conductæ; tamen possit præscribere per 30. annos contra actionem personaliter locati, pro tanto, quod locator cum effectu amplius non possit contra eum agere actione locati, ad restituendã rem locatam, ope scilicet exceptionis, præscriptio. longissimi temporis, *secundum glo. in d. l. male agitur*, tamen hoc procedit secundum DD. si scilicet colonus per 30. annos non soluerit annuam pensionẽ, sed si soluerit annuatim pensionem, tunc nullo vnquam tempore præscribit contra talem actionem personalem. Nam si aliquo tempore interim soluisset pensionem, interrupta esset præscriptio. Hinc etiam glossa & DD. in d. l male agitur, concludunt,
5 quod † Emphyteuta non possit præscribere, etiam per mille annos, contra dominum directi dominii, ex quo soluendo annuum Canonem, recognoscit eum in dominum directum. *l. cum notissimi. §. sin per tex. ibi, & in l. competit. Cod. eod. titul. Bart. & DD. in Authent. perpetua. C. de sacros. eccles.* Item quod dicitur in l. neque, in glossa, ibi videlicet, quod vsufructuarius vel hæres eius, non præscribat proprietatem, nisi sit interuersa possessio. C. de vsufruct. pro tanto procedit secundum Bald. ibi, quod donec interuertat possessionem, impossibilis sit præscriptio, etiam per 100. annos, quia vsufructuarius nõ possidet; nisi naturaliter tantum. *l. naturaliter. in prin. ff. de acq. poss.* Ex sola autem naturali possessione, etiam in mille annis, non præscriberetur proprietas, *vt l. acquiritur. §. fi. ff. de acquirend. rerum domin. l. 3. §. ex contrario. cum ibi notatis. ff. de acquir. possess. Dy. in d. reg. sine possessione.* Et subiungit Bald. in d. l. neque. & nota contra emphyteutas, & hæredes emphyteutarum & feudatariorum, quanto magis coloni, qui nec ciuilem, nec naturalem possessionem habẽt, sed solam asininam detentionem, nullo vnquam tempore, si causa eorum nõ fuerit mutata, quia singulis annis soluerunt mercedem locatori, vel saltem aliquibus annis, nec dominium rei locatæ, nec contra actionem locati, præscribunt vel præscribere possunt; Cum soluendo annuam pensionem siue censum, recognoscunt locatorem vt dominum eorum.

Tertio est præmittendum, quod quamuis quis possit præscribere ius Emphyteuticum, & ita vt possideat tanquam perpetuus emphyteuta, siue perpetuus cõductor, siue colonus, vbi prius non erat, sed tantum simplex colonus, pro tanto, quod amplius expelli nõ possit, soluendo integrum censum, *argum. l. iubemus; C. de fund. patri. lib. 11. cap. si quis per triginta, in vsibus feud. in tit. si de feud. fuer. controuer. inter dom. & agnat. vasall.* quando scilicet is possedit tanquam emphyteuta, vel vasallus, & hoc constat, licet non fuerit, secus si vt colonus, cum sibi nihil possideat, nihil præscribit. Tamen quando est dubium, an quis possederit vt emphyteuta, vel vt perpetuus locator, vel tanquam simplex colonus, tunc recurrendum est ad cõiecturas, videlicet quod aut soluerit quis vno anno plus, quam alio, inspecta qualitate fructuum, pro tanto quod census non fuerit vniformis, sed difformis, tunc in dubio præsumitur colonus, vt nullo vnquam tempore præscribat contra dominum. *l. ex conducto. l. si anno vno. l. Item quæritur. §. qui impleta. ff. locati.* Aut ipse solum quolibet anno idem, id est, certum quid, quod nunquam fuit immutatum, nec minutum, nec auctum, sed census semper fuit vniformis, & tunc vt emphyteuta, vel vt perpetuus conductor videtur possedisse. *ita notanter decidit post Iaco. de Aret. Cyn. in d. l. competit. in 5. quæst. & post eos Salyc. ibi ante finem, & est ipsa veritas.*

Ex quibus iam concluditur, & clarissime infertur, quod cum cõsulatus, & communitas in Witstock acquisierint dominium, & proprietatem prædicti pagi, alter Berlin, & aliorum bonorum emptorum à monasterio N. & postea locauerint villanis in d. pago, huiusmodi pagum, pro annua pensione, & lapsis multis annis, auxerint huiusmodi annuum censum, & tertio iterum auxerint, propter vbertatem fructuum. Et villani coloni, singulis annis huiusmodi census, non vniformes, sed difformes, cum bis fuerint aucti, soluerint consulatui, & communitati, & per hoc recognouerint eos, tanquam dominos, & locatores in præfato pago, quod etiam per mille annos non potuissent contra eos præscribere dominium sæpe præfati pagi; nec etiam contra actionem locati, qua tenentur eis ad restitutionem illius pagi; virtute cuius actionis consequi possunt huiusmodi restitutionẽ, & eis competit etiam condictio ex d. l. fin. C. locati, vbi est casus singularis: Quod si locator agat condictione illius legis contra conductorem, ad restituendam rem locatam, quod etiam conductor non possit obiicere exceptionem dominii; sed prius debet restituere rem. Imo locatori contra colonum, non admittentem eum, datur etiam interdictum, Vnde vi. & ita possessorium recuperandæ, vt supra adductum. *d. l. interdictum, in princ. & d. l. cum fundum, &c.* Per quæ omnia iam patet, responsiones supra datas veras, & iuri conformes, &c.

THEMA CONSILII V.

Pactum de retrouendendo quid operetur, & qualiter stipulator re alteri contra pactum, vendita & tradita, possit agere alternatiue, ad rem vel interesse; Et quid peti possit ratione interesse; Et secundum quam æstimationem emptor cogatur recipere pecuniam; interim mutatione in valore monetæ facta.

SVMMARIA.

1 *Factum incontinente contractui nominato appositum, ipsum informat.*
2 *Aliud est vendere, & aliud de vendendo promittere.*
3 *Vtrum promittens reuendere possit cogi simpliciter ad vendendum, vel liberetur præstando interesse.*
4 *Quod libellus alternatiuus admittatur.*
5 *Quid sit interesse.*
6 *Volens agere ex contractu, debet prius contractum adimplere ex parte sua.*

CONSILIVM V.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter visis & ponderatis, contingentia facti, partim allegationibus, & disputationibus, & literis productis in causa vertente inter A. de D. actoribus ex vna, & illis de O. conuentis ex alia partibus, super contractu emptionis, cum pacto retrouenditionis apposito, cuius ratione aliquæ quæstiones ex facto proponuntur, quibus de iure respondendum arbitramur. Et primo quia ex literis contractus patet, illos de O. venditoribus promisisse, bona empta reuendere. Cum igitur iam illa bona sint venalia, licet non possint præcise cogi ad factum, scilicet ad reuendendum, tamen possunt actione ex vendito conueniri, vt vendant, vel omne interesse actoribus refundant. Et vt efficaciter agi possit, debet offerri precium, & sic conuenta ex parte actorum adimpleri. Debet etiam pecunia solui in eo valore, vt in emptione conuentum est, &c. vt ex sequentibus breuiter apparebit, &c. Et in præsenti consultatione more solito, breuitati studendo adducuntur solum, quæ faciunt ad propositum, & videtur prima fronte dicendum: Valido A. de D. ex dicta conuentione seu promissione, non competere actionem contra etiam validos de O. vt reuendat ei dicta bona, per ea quæ notantur in l. si eum, §. iniuriarum. ff. si quis cautio. Nam glossa ibi in verbo, Pomponius, inducit illum text. in arg. si quis promiserit, se non venditurum rem alii, quam tibi, & licet non respondeat ad quæstionem, tum Bartol. Bald. Ang. & communiter omnes Legist. ibi decidunt, quod is cui facta est talis promissio, non possit agere contra promissorem, vt vendat ei, sed ad interesse, si postea alii vendiderit, *Bart. & DD. in l. actione. C. de transact. Ang. & Ioan. de Imo. in l. qui Romæ, §. coheredes. ff. de verb. obl. & probatur per ea, quæ hab. & notant. in l. in vendentis, C. de contrahen. emp. & vendi.*

Secundo videtur, quod huiusmodi pactum, siue promissio, per l. venio, *alias penult. in 3. respon.* ibi, vt nemo vicino inuito prædium alienet. ff. de pact. Et sic ibi videtur casus, quod pactum factum super re aliena, nihil valeat. & facit l. ea lege, vbi est casus, secundum vlt. intellectum gl. verum & communem, quod factum pactum, de non alienando rem donatam, non impedit translationem dominij, C. de condict. ob causam. Item probatur in l. si ita quis promiserit. §. ea lege, vbi habetur, quod promissio de non alienando rem donatam, in certas personas, non impedit translationem dominij, si promittens alienauerit in personam prohibitam, sed solum facit contra se committi obligationem ad interesse. ff. de verb. oblig. Sed imo quod in præsenti casu detur actio ex vendito præfato Alberto contra aduersarios suos, ad vendendũ prædictum castrum ei pro summa, qua eis post vendidit, & quod possit præcise cogi ad restituendũ, videtur probari per text. in l. si sterilis. §. si tibi fundum. in 2. respons. vbi dicitur. Sed si ita tibi fundum vendidero, vt nulli alii venderes, & l. qui fundum, la 2. ff. de contrah. empt. & vendit. vbi inter cætera dicitur, qui fundum vendit, vt eum non alii, sed sibi distrahat, ex vendito agere

1 poterit. Et † hoc est regulare, scilicet quod pactum appositum in continenti, iuxta contractum nominatum informet ipsum contractum, pro tanto, quod extendat actionem ex illo contractu, vt etiam competat ad deductum in tali pacto. *d. l. si sterilis. §. si tibi fundum, in 1. & 2. resp.* l. venditor. §. 1. vbi dicitur: Si vendidi tibi insulam certa pecunia, vt aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, vt reficias. ff. de act. emp. & vend. *l. fundi partem. ff. de contrah. empt. & vend. l. iurisgentium. §. quinimo. ff. de pactis.* & est ratio quam assignat text. in d. l. fundi partem, & in d. §. quinimo, quia tale pactum censetur ipsi contractui inesse, & sic censetur esse pars ipsius contractus. Ex quibus iam videtur inferri, ex quo validi de O. teneantur valido A. de D. actione ex vendito, ad reuendendũ præfata bona, quod ipse etiam præcise cogi possit ad tradendum ea sibi, cum secundum opinionem Matti. verum & magis communiter in glo. in §. precium, in verbo, tradatur, Instit. de empt. & ven. à DD. approbatum, videlicet: Quod venditor rei, habens facultatem rei restituendæ, teneatur præcise ad restitutionem rei. *& ita tenet Bartol. valde eleganter in l. 1. in princ. in penult. colum. vers. item quæro vtrum venditor, ff. de act. empt. & vend. Bar. & DD. in l. stipulationes non diuiduntur, in vers. Celsus. ff. de verb. obl. & in l. certi condi. in prin. in 4. col. ver. ita debes scire. ff. si certum petat.*

Et est ratio secundum Bartol. & Doctor. in d. l. 1. & in d. vers. Celsus, quia obligatio qua tenetur venditor, ad tradendum, & quædam obligatio participia, quia partim capit de natura obligationis dandi, partim de natura obligationis faciendi, sicut dicunt Grammatici, quod participium partem de nomine, & partem de verbo capit. Debet enim vendens tradendo eam facere emptoris, si est dominus, & ita sentit de obligatione dandi. Si vero nõ est dominus, dicitur transferre vsucapiendi cõditionem. *text. est notã. in l. ex empto. in princip. ff. de act. emp. & vendi.* & hoc est quod dicit text. in l. in conuentionalibus. in fi. ff. de verb. obliga. vbi dicit, quod obligatio rem tradi ex contractu venditionis, non continet nudum factum, sed causam bonorum, id est, proprietatem, vel vsucapiendi conditionem, subiungens Bat. in d. l. Cum igitur ista obligatio sit participia, eligitur media quædam via, & si habet rem, agitur præcise tradere, & in hoc sapit naturam obligationis dandi: si non habet, liberatur soluendo interesse, & in hoc sapit naturã obligationis faciendi, &c. Sed isti de O. habent prædicta bona. Ergo videtur quod præcise teneantur ex vendito, ad tradendum.

Tamen prædictis, & omnibus aliis non obstantib. in præsenti casu competit actio ex præfato pacto, &c. tempore contractus apposito, in ipsa venditione, iuxta tenorem literarum, A. de D. contra illos de O. emptores, & possessores ad ipsum factum, id est, vt ipsi ei vendant huiusmodi bona, ex quo habent ea iam venalia, & tamen quod soluendo interesse liberentur. Pro cuius clara euidentia † est sciendum, quod aliud est rem vendere, aliud 2
promittere, de vendendo rem. *l. in bonæ fidei, cum ibi notat. & ita secundum primam lecturam notat ibi Paul. de Cast. quam l. legit ibi sub l. si heres. ff. de eo quod certo loco,* & bene facit quod notab. decidit Bart. in l. si pupillus, in prin. vers. induco ad q. ff. ad l. Falcid. Quærit enim ibi stante statuto, quod ex quolibet contractu, ex quo alicui acquiritur ius, debet solui gabella, præterquam de instrumento solutionis: eram tibi obligatus, ad vendendum primo fundum, nunc quæritur, an ex isto contractu debeat solui gabella, & deciditur per tex. ibi, quod non, &c. Hic concurrunt duæ causæ, scilicet solutio antiquę obligationis, & nouus contractus, &c. & sic aperte vult, quod aliud est se obligare ad vendendum, & aliud vendere, quia venditio secuta, est solutio primæ obligationis, &c. Ergo, &c. Quod etiam tenet & probat Francisc. de Aret. in consil. 28. *incip. Diligenter animaduersis his, quæ in puncto, &c. in 1. colum. versic. venio ad primum, cum princip. seq.* vbi per tria probat, quod promissio de vendendo, non sit vẽditio, & pulchre facit, quod egregie dicit Bald. in l. fin. *ante fin. vers. sed pone, promisi tibi,* C. de pactis inter empt. & vendi. vbi determinat, quod si promisi tibi vendere fundum sub pœna, quem postea vendidi, sed non tradidi, quod non teneat de pœna, quia primę promissioni satisfeci, & in sequenti

contra-

contractu non fuit repetita pœna, *& ita limitat text. in l. si*
5 *hæres. ff. de eo quod certo loco.* Et sic patet † quando promissio de vendendo fit in contractu, promittens liberatur solum vendendo rem, nec ipsa promissione tenetur ad tradendum. Et ita post Bald. dicit Franc. de Aret. eodem in d. consil. 28. *(nobis, in fi. 1. colum.)* Plus dixit Bald. subiungens ibi; Ex quibus clarissime liquet, quod ineptissime dicit: Quod pactum vel promissio de vendendo, sit venditio, addens, & pro hoc sunt glossæ in l. Titius. ff. de pigno. act. & in l. in æstimationibus. ff. de peti. hæred. Hinc pulchra etiam dicit D. Ias. in l. quoties. *in 8. col. vers. quartodecimo. In antiquis impres.* C. de rei vend. quod licet vna res fuisset diuersis temporibus duobus vendita, sed neutri eorum tradita, & ambo concurrerant, tunc quia ambo habent solum titulum, ille præfertur cui prius fuit vendita, *per ea quæ habentur in l. operis. ff. loca.* siue prima fuerit iurata, siue non. Secus tamen esset, si dominus primo solum promisisset, vel iurasset vendere, & postea vendidisset secundo, præfertur tunc secundus, quia aliud est promittere de vendendo, aliud vendere, quia non sequitur, promitto vendere, ergo vendo, *arg. d. l. in mentem, C. de contrah. emp.* Ex hoc quod aliud sit promittere de vendendo, & aliud vendere, decidit pulchrum casum, in contingentia facti Paul. de Cast. in d. l. in bonæ fidei. Nunc ad propositum redeundo, ex prædictis clare infertur, quod validi de O. virtute præfatæ clausulæ, in literis emptionis contentæ, sit obligatio ad merum, & purum factum, scilicet ad vendendum dicta bona A. de D. & quod rigore huiusmodi conuentionis, pacti, vel promissionis, nulla penitus sit facta venditio, sed est indubitati iuris, quod factum promissum à principio, & sic ante moram, est solum in obligatione, & petitione, & non interesse, *secundum gloss. magnam, in prin. in l. 2. § item si in facto, alias fin. ff. de verb. oblig.* & ita tenent ibi communiter omnes DD. excepto Christopho. de Castell. contra quem, & ita pro gloss. approbata alleg. Paul. de Cast. bonum tex. in l. si quis ab alia. §. fin. ff. de re iudica. Vbi dicit text. si facit illud factum, dicitur fecisse illud quod promisit, ergo promisit ipsum factum. Quare sequitur, quod contra obligatum possit agi, ad ipsum factum, vt scilicet condemnetur ad faciendum, post moram autem promissoris, interesse est in obligatione, & ad ipsum directe agi potest. *l. stipulationes non diuiduntur, vers. Celsus. ff. de verb. oblig.* alleg. etiam d. l. si quis ab alijs. §. fin. scilicet quod in obligationibus faciendi succedat obligatio ad interesse. Tamē reuera, & etiam dicunt ibi, Pau. de Cast. Alexan. de Imo. & D. Ias. alleg. tex. non dicit hoc, sed bene quod interesse possit deduci in condemnationem. Et licet d. glossa in d. §. fin. teneat, quod in obligationibus faciendi, post moram interesse non sit in obligatione, nec in libello possit peti, sed quod debeat agi ad ipsum factum, & postea fiat condemnatione officio iudicis ad interesse, tamen communiter tenetur cōtrarium per gl. & DD. in d. l. stipulationes non diuiduntur, in ver. Celsus, per illum tex. & ibi gloss. in verbo oportere, aperte dicit: Quod stipulator facti, censetur etiam stipulatus interesse sub tacita cōditione, si scilicet non fiat, & sic potest recta via agi ad interesse. Ad leges allegatas in contrarium per gl. in d. §. fin. respondet Bart. in d. vers. Celsus, quia omnes leges allegatæ per glo. excepta vlt. loquuntur in obligationibus dandi, & vltima concordat. Et licet in obligationibus faciendi post moram, succedat obligatio ad interesse, ll. supra allega. tamen factum adhuc est in obligatione, & peti potest, & sic post moram succedit obligatio ad interesse, non extinguitur, sed occultatur, & ita post moram potest adhuc peti factum, vt consequatur interesse, & communiter possum petere factum pure, & conditionaliter interesse, si factum non præstetur. Ita dicit glo. not. & perpetuo menti tenenda, communiter approbata, in d. §. item si in facto, ibi scilicet, vel dic etiam ad factum, agendo, per iura in ea allegata, & de ista glossa Bartol. magnum festum facit in d. l. stipulationes non diuiduntur, *in 14. oppo. in 7. & 8. quæstio.* Et dicit Bald. in d. §. item si in facto. *versic. in gloss. 1. dic, &c.* Quod mirabilis sit ista glossa, & quod eam allegent valentes DD. per quam glo. Bald. in l. si pacto quo pœnam, ante fin. in verbo, quæro vltimo. C. de pact. singulariter ponit formam libellandi, in casu d. l. scilicet; Peto quod principaliter promisisti: si non soluis, peto pœnam, in qua pœna peto te sententialiter condemnari, *& idem sentit etiā gl. in l. 1. in princip. ff. de actio. empt. & vendit.* Per quæ iam clarissime ostensum arbitramur, A. à D. contra præfatos O. agere posse ad factum, id est, ad retrouendendum ei prædicta bona, licet non possint cogi præcise ad tradendum ea, sed quod soluendo interesse, liberentur, & ita fieret condemnatio in ipso interesse, &c. Nec obstat d. l. sterilis. §. *si tibi fundum, in 2. resp. l. qui fundum, la 2. l. tenetur. §. 1. cum alijs supra alleg.* Quia verum est, quod ex huiusmodi pacto, in contractu empti & venditi, incōtinenti apposito oritur actio ex vendito, ad tale factum scilicet ad vendendum. Sed quia est principaliter obligatio facti, ideo promissor soluendo interesse liberatur, *d. l. si quis ab alio. §. fin. d. vers. Celsus. d. l. si insulam*, in quibus iuribus patet, quod in obligationibus faciendi post moram, succedat obligatio ad interesse. Item solutio ad d. §. si tibi fundum, in 2. respōns. & l. qui fundum, la 2. patet ex doctrina Bart. in d. l. si eum. §. fin. in fi. communiter approbata, scilicet quod cōtra promittentem, nulli alii, quam mihi rem vendere, habentem rem venalem, possum agere ex vēdito, ad vendendum, vt supra ostensum est, sed in hoc consistit vis, an scilicet isto casu dominus siue promissor possit præcise cogi, etiam ad tradendum rem; vel liberetur soluendo interesse. Et Ioan. de Imo. super omnes Modernos eximius, in d. §. cohæredes, in princ. 2. colu. in vers. & adde dictis Bart. expresse tenet, quod sic, dicit enim: Si promisisti non vendere alii, quam mihi, quod possim adhuc te rogare, vt mihi vēdas, si rem venalem exponas, alias non, *subiungens, & ita debet intelligi, quod nota. in d. l. si sterilis. §. penult. ff. de actio. empt. & vendi. & l. qui fundum. ff. de contra. empt. & vendi. Et quod fuerit de mente Guil. glo. & Bart. in l. si eum. §. iniuriarum, & refert, & sequitur Alexand. de Imol. in d. §. cohæredes, versicul. in ea ibi, in l. si sterilis.* Et stante isto dicto pro constanti, videlicet, quod promissor isto casu cogatur tradere rem venalem expositam stipulatori, vel cui promissio facta est, &c. videtur inferri quod A. à D. in præsenti casu competeret actio ex vendito contra prædictos d. O. exponentes dicta bona venalia, & habentes facultatem restituendi, ad cogendum scilicet eos, etiam præcise ad tradendum ei talia bona. Tamen istud dictum non videtur tutum, nec iure probari, cum multum differant, vt ex proximo adductis liquido claret, vendere rem, & promittere de vendendo rem. Item contra venditorem non potest agi, ad vendendum, cum iam vendiderit, sed solum ad tradendum, sed bene contra promissorem, qui nondum vendidit, & virtute istius promissionis non tenetur ad tradendum, sed ad vendendum, & sic ad nudum, & merum factum, *secundum elegans dictum Bald. in d. l. si heres, in fine, Cod. de pact. inter emptor. & venditor. & Francisc. de Aretin. in d. consil.* 28. Nec Bartol. & Alexand. vbi supra dicunt, quod promissor isto casu possit cogi ad tradendum, &c. Sed quod possit agi contra promissorem vt vendat, item dicta solutio vel intellectus ad d. l.

Si steri-

Si sterilis, §. si tibi fundum, &c. nullo modo videtur posse procedere, quod inconuincibiliter ostendit. Nam ita canit litera ibi, in 2. respons. Sed si ita tibi fundum vendidero, vt nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alij vendideris: & sic est ibi text. ad literam, quod illi, cui facta est promissio, competat actio ex vendito, tunc quando promissor alij fundum vendiderit; sed clarum est, quod isto casu, quando fundus post dictam promissionem, alii venditus, & traditus, quod tamen secundus praefertur mihi *d.l.quotiens. Cod. de rei vend.* Imo & supra declaratum est, quod licet quando res est diuersis temporibus duobus vendita, vni primo, alii secundo, neutri tamen eorum tradita, primus praefertur secundo, hoc tamen non procedit, si vni primo fuerit facta solum promissio, & alteri postea, & secundo res vendita, non tamen tradita, quod tamen secundus praeferatur primo, cum aliud sit vendere, & aliud promittere de vendendo. Et sic text. de necessitate ibi, dum dicit, ex vendito, eo nomine actio datur, intelligitur scilicet ad
4 interesse. Quapropter † tutius erit ipsi A. à D. intentare libellum alternatiuum. Nec obstant nota. per Bartol. & DD. in d.l.1. in prin. ff. de act. emp. & vend. in d. verb. cohaeredes, vbi communiter concluditur, quod venditor, si habet facultatem restituendi rem, cogatur eam restituere praecise, quia promissor de vendendo non dicitur, nec est venditor; Cum, vt saepe adductum est, aliud sit vendere, & aliud promittere de vendẽdo rem, venditor enim tantum tenetur ad tradendum, si habet facultatem rei tradendae, Ergo, &c.

Et est etiam indubitatum, quod libellus alternatiuus, scilicet, peto hoc fieri siue factum, vel si non fiat, peto interesse. Nam ita expresse tenet praeallegat. gloss. in d.l.2. §. Item si in facto, & eam notat ibi expresse ad hoc Bald. Paul. de Cast. & Alex. de Imo. scilicet, peto factum vel interesse, propter incidentiam quam habet cum principali, D. Ias. in d. vers. Celsus, *in princip. vlt. col. in vers. vlt. quarit Bar.* quae gl. etiam vult, vt supra ostensum est, quod etiam interesse possit peti conditionaliter, scilicet si factum non praestetur. *& ibi ad hoc notat eam Alex. de Imo.*

Et quod responsio supra data, quantum attinet ad ipsum interesse etiam sit iuri consona, patet. Nam † cla-
5 rum est, quod interesse est aestimatio damni emergentis & lucri cessantis, ex eo quod non fit, quod fieri debet, vel fit, quod fieri non debet, vel non datur, quod dari debet, vel datur, quod dari non debet. *Ita definit interesse Iacob. de Aret. & sequitur ibi Bar. & communiter Legist. in l.1. C. de sent. quae pro eo quod inter. profer.* Et in tali interesse in proposito nostro nedum venit precium commune, vel commune, sed etiam singulare ratione affectionis, quod tamen cõtinet vtilitatem, *secundum pulchre not. per gloss. & Legist. in l.1. in princ. ff. de act. empt. & vend. Bart. & Legist. in d.l.1. C. de sent. quae pro eo, &c. & per ea quae notat Bart. in d. l. stipulationes non diuiduntur. vers. Celsus, in 5. q. cum seq. q.* Et est sine omni dubio, ideo hic circa materiam interesse non est latius insistendum. Et
6 † cum agens ex contractu siue nominato, siue innominato, teneatur primum, & ante omnia adimplere contractum, pro parte sua, per vulga. Ideo ad hoc, vt habeat locum principium d.l.1. ff. de act. empt. & vend. vbi deciditur, quod si res vendita non tradatur, agitur ad singulare interesse, quod interdum excedit precium commune, vel quantum requiritur quod emptor soluerit precium. Nã ante solutũ preciũ, venditor nõn est in mora. *l. Iulianus. §. offerri, & l. qui pendentem. ff. de actio. empt. & vend. l. quaero. §. inter locatorem. ff. locati.* per quae iura volentia scilicet, quod in contractib. vltro citroque obligatoriis non potest agere cum effectu ille, qui non impleuit contractum, ex parte sua. *Ita in specie decidit Bal. in §. pr. in d.l. vers. vltimo sciat.* Et quod isto casu oblatio, consignatio, & depositio habeant vim solutionis, patet per tex. in l. obsignatione. C. de solutio, & in l. acceptam, cum ibi nota. C. de vsur.

Vltima responsio probatur per ea, quae habentur & notantur in l. Si quis stipulatus fuerit decem in mille, & in l. Paulus. ff. de solutio, Et potissimum quod ibi not. Bart. in 2. col. *vers. quaere quid, ibi, Secundo modo contingit mutatio, & notanter in l. cum quid, & l. vinum. ff. si cert. pet. & in c. olim, extra. de censibus*, & contractus accipiunt legem ex conuentione. *l.1. §. si conueniat, cum simil. ff. deposit.*

THEMA CONSILII VI.

Substitutio facta sub duabus conditionibus copulatiue positis, vt locum habeat, requiritur vtramq; conditionem purificari.

SVMMARIA.

1 *Ordo scripturae attendi debet.*
2 *Ordo scripturae praeponderat ordini affectionis.*
3 *Vbi inter personas non cadit affectio, tunc alternatiua capitur pro coniuncta.*
4 *Legatum factum sub conditionibus copulatiuis, non debetur, nisi vtrumque existat. Et quid in aliis dispositionibus.*
5 *Prohibitio alienationis expressa testatoris, impedit translationem dominii.*
6 *Quod appellatione nepotum veniant pronepotes.*
7 *Quod filius immiscendo se haereditati paternae, vel haeres adeundo haereditates defuncti, non possint venire contra factum patris, vel defuncti, sed teneantur ipsum seruare.*

CONSILIVM VI.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Contingentia facti super qua consultatio petitur, ita se habet; Quod quidam ciuis Nurenbergensis condito testamento, secundum consuetudinẽ, & statuta inclytae ciuitatis Nurmbergensis, inter caetera in eodem testamẽto ita cauit de sua domo, quod praefata domus, post mortẽ eius debeat peruenire ad nepotes suos, ex filio, ea conditione, vt cum contingeret vnum ex illis nepotibus decedere, sine liberis & testamento, quod eius portio deberet peruenire ad superstites nepotes, & non ad filium testatoris, patrem nepotum, nisi nullis nepotibus superstitibus. Et si omnibus nepotibus defunctis, pater etiam eorum esset mortuus, tunc tutores debere vendere domum, & pecuniam inter amicos testatoris aequaliter diuidere, &c. Cum iam testatore mortuo saltem vnum nepotem reliquerit, quo possessionem domus adepto filius testatoris pater nepotis etiam moritur. Quaeritur, vtrum legatum vel fideicommissum iam extinctum sit. Et respondetur, quod non, sed quod maneat in suspenso in euentum conditionum, vltimo appositarum, an scilicet contingat nepotem decedere sine liberis, & testamento, quo casu à tutoribus venderetur, & pecunia inter amicos testatoris diuideretur. Et cum istae conditiones copulatiue, per testatorem sint appositae, vtriusque concursus requiritur. Et valeret alienatio domus facta à nepote, nec posset rescindi nisi vtraque conditione existente, teneretur tamen haeres cauere de indemnitate in euentum conditionis. Et si decederet nepos, relictis post se liberis, tales liberi non possunt rescindere venditionem, sed adeundo haereditatem patris, tenerentur factum eiusdem ratum habere, vt ex sequentibus clare ostenditur. Et licet pro confirmatione

praedicto-

prædictorum possent plura adduci, tamen breuiter propter temporis angustiam, responsiones supra datæ osten-
1 duntur.† Ordo enim scripturæ attendi debet. l. Cum pater. §. a te peto, alias fin. ibi, sed ordine scripturæ, factam substitutionem, vbi est tex. norab. Quod etiam quando hæres grauatur dare diuersis alternatiue, inter quos est disparratio, alternatiua non ponitur pro coniuncta, &
2 ordo scripturæ seruatur, & c. ff. de legat. 2. Et sic † est ibi casus, quod ordo scripturæ præponderet etiam ordini affectionis. Nec obstat lex final. C. de fideic. Quia ibi loquitur, quando verba sunt directa ad legatarium, quando scilicet testator ibi dicit: Lego Titio vel Caio, & sic
3 vbi † non cadit affectio, tunc alternatiua capitur pro coniuncta, in terminis autem nostris fideicom. est conditionale, & sunt conditiones ordine positæ, vt patet ex serie scripturæ testamenti, Ergo, &c. Et quod ordo scripturæ attendi debeat, est textus etiam in l. Moribus. §. Prius. ff. de vulga. & pupil. substit. §. Inordinatutus, in Authentica de nupt. collat. 6. l. Quotiens, in princip. cum simil. ff. de vsufruct. in quibus legib. habetur, quod in dubio ordo scripturæ attendi debeat: Quanto magis in proposito nostro, vbi apparet de expressa voluntate testatoris, quo ordine, & sub quibus conditionibus voluerit prædictum fideicommissum conditionale ad eius, & vxoris suæ proximiores consanguineos peruenire,
4 Ergo, &c. Item & secundo † clarum est, quod quando institutio vel legatum est factum sub duabus, vel pluribus conditionibus copulatiue, per copulam scilicet, & tunc ad hoc vt habeat locum huiusmodi legatum, vel institutio, requiritur quod ambæ vel omnes, si fuerint plures adiectæ conditiones, existant. Ad veritatem enim copulatiue requiritur vtrunque *l. si hæredi plures ff. de conditio. instit.* Et hoc est indubitatum, quando duæ orationes ponuntur copulatiue, non principaliter, sed respectiue ad aliud, quod scilicet tunc requiratur concursus, vt si testator dicat: Instituo Titium hæredem, vel lego ei domum meam, si nauis venerit ex Asia, & si Imperator venerit futura æstate in Alemaniam. Nam isto casu illæ orationes ponuntur copulatiue, vt patet, non principaliter, sed respectiue ad aliud, scilicet ad legatum. *d. l. si hæredi.* Secus quando plures orationes non copulantur respectiue ad aliud, sed quælibet principaliter, quia tunc copula magis ponitur causa ordinis, quam coniunctionis. Ideo non requiritur concursus vtriusque, *vt l. 1. ff. de his qui not. infa. l. 1. ff. ad leg. Pomp. secundum Bart. in d. l. si hæredi plures, in 3. & vltim. opposi.* Ita etiam in contractibus ad veritatem copulatiue regulariter vtrumque requiritur. *in l. si quis ita stipulatus. ff. de verborum obligat.* Sed hic in vna & eadem oratione ponuntur duæ conditiones, videlicet, Vnd wo der Enckel ohn eheliche Kinder / vnnd ohne Geschäfft/non principaliter, sed respectiue ad fideicommissum, scilicet domus, &c. ponitur, ibi sine dubio ad hoc, vt habeat locum dispositio, requiritur, quod ambæ conditiones verificentur. Hinc etiam decidunt not. Iacob. But. & Moder. l. mancipia, per glo. 3. ibi, C. de ser. fugit, quod statutum disponens, quod turbans, & expellens quem in possessione soluat centum, & ablata restituat, non habet locum, si quis solum turbet quem in possessione, nō tamen expellat de ea, scilicet vt soluat pœnam, & Bald. in c. fin. in tit. de duobus fratrib. à cap. inuesti. dicit, quod si statutum disponat, quod si quis caruerit filio, & filia, frater eius succedat, quod requiratur concursus vtriusque. *& faciunt ad prædicta not. per Bartol. & DD. in l. Ea tamen adiecto. ff. de lega. 3. in l. si is qui ducenta. §. vtrum, præsertim in 4. opposit. ff. de reb. dub. & in l. 1. ff. de iusti. & iure.* Item & tertio, quod nepos, de quo in præsentiarum, possit prædictā domum sibi legatam à testatore auo suo, alienare, & in eum, i.. quem fiat alienatio, trāsferre dominium eiusdem, patet
Nam † licet expressa prohibitio testatoris, de non alienanda re, reddat venditionē vel alienationem ipso iure nullam, & impediat translationem dominij *l. filiusfamilias. §. Diui, cum ibi nota ff. de legat. 1. l. cum pater. § libertus ff. de legat. 2.* 5
Secus tamen est in prohibitione tacita, quæ scilicet prohibitio tacita, non habet istos affectus, & nullo modo impedit translationem dominii, vt quando testator non ꝓhibuit expresse rē alienare, sed alienatio prohibetur tacite, à lege, vt in re subiecta restitutioni. Item tenet alienatio, & non impedit translationem dominii, & solum reuocatur ex post facto, existente conditione, vt puta in legato, vel fideicommisso conditionali, glossa est notab. & expressa, quam ibi sequuntur Bart. & DD. in d. l. cum pater. § libertos, in 1. glo. in fi. dum dicit: Item hic nullo modo tenet alienatio, quia testator prohibuit expresse, sed ibi tenet statim, in fideicommisso scilicet conditionali, &c *& ita tenent Pet. & Cyn. in Auth. res quæ. C. communia de lega.* Bart. in l. seruo legato. §. si seruum. alias 1. ff. de legat. 1. per quem deciditur etiam quod si quis promiserit non alienare rem, sub certa pœna, & alienet rem, subiectam restitutioni, incidat in pœnam. Quia alienatio interim pendente conditione tenet, *licet gl. in d. §. si seruum. velit contrarium, tamen glo. in d. §. libertis, communiter tenetur. & expresse Bart. in d. l. dum mihi. in 2. colum. vers. certe, ad l. Stichus. Bald. Paul. de Cast. & communiter DD. in d. §. libertis, & facit secundum Bald. tex. in d. §. qui infirmos, in Auth. C. de nupt. collat. 4.* Nec secundum Bart. in d. §. si seruum, obstat text. in Authent. res quæ. C. communia de lega. dicendo, quod ibi nihil innouet, per modum prohibitionis alienationis, sed quod à prohibitione legis antiquæ excipiat duos casus, & sic leges veteres, & l. Marcellus, §. res, cum simil ff. ad Trebel. quæ volunt res subiectas restitutioni, alienari non posse, procedunt, quod scilicet alienatione non obstante, si ex post facto extiterit conditio, reuocari possit, tamen interim valet, & tenet per superius adducta, & assignatur verbo, quare prohibitio tacita non impediat translationem dominii, sed quod alienatio ipsa, antequā extet conditio, tenet, secus quando est expressa prohibitio, quia cum expressa prohibitione testatoris, concurrit etiam tacita legalis, sed non ē conuerso. Et duæ prohibitiones fortiores sunt vna, per quæ iam liquido constat, quod si nepos, de quo in proposito, alienauerit prædictam domum subiectam restitutioni sub duplici conditione, quod alienatio valeat, & non impediat translationem dominii, donec extiterint ambæ conditiones copulatiue, & quod in defectum eorum, vel vnius tantum, venditio vel alienatio valeat irreuocabiliter. Verum tamen est, quod nepos teneatur cauere, seu satisdare, de restituendo fideicommisso, adimpleris, & extantib. ambabus conditionibus, &c. *l. 1. & per tot. tit. ff. vt lega. no. caueatur, l. 2. cum simil. Cod. vt in possessio. legat. &c.* Quod autem appellatione nepotum veniant etiam pronepotes, est sine dubio, *vt probatur per text. in l. cui eorum §. affi... ff. de postulan l. nurus. l. socero, & l. generi. ff. de verb. signi. Bart. in l. liberorum. ff. eod. tit. Bart. & Legista in l. Gallus. §. instituens. ff. de lib. & posthumis.* Et hoc procedit etiamsi testator expresse disponat de nepote ex filio, quod tamē adhuc intelligitur de pronepote; Ita probatur per tex. in l. Lucius, la vl. Quæ est nota. vbi deciditur, quod licet testator instituto fratre suo, substituat libertum, si decesserit frater sine filiis, etiam ex se natis, quod appellatione filiorū comprehendantur, tamen nepotes licet dictio ex, importet etiā immediatam. *l. 1. C. si seruus, exte. &c.* Ita ēt † si diceret testa- 6
tor, de nepote ex filio, intelligatur etiam de pronepote. & hoc

& hoc vult Bart. in d. l. Liberorum, super artic. An appellatione nepotis veniat pronepos. per quæ patet, quod sua responsio in d. §. Instituens, data ad §. Idem credendum, in eadem l. non sit bona, quam etiam expresse reprobant Alex. de Imol. & D. Ias. in d. §. Instituens, quod scilicet Sceuola, in d. §. Idem credendum, loquatur declaratiue tantum, &c. Sed de hoc hic superflue latius non instatur.

7 Item † filius immiscendo se hæreditati paternæ vel hæres adeundo hæreditatem defuncti, non potest venire contra factum patris vel defuncti, sed tenetur ipsum seruare. *l. Quæ à patre. C de resti. mili. l. Si ab eo. C. de dolo. causa. l. venditricis. C de rebus alie. non alie. l. Cum à matre, cum simil. Cod. de rei vend.* Pater enim & filius, censentur vna eademque persona *l. fin. Cod. de impub. & aliis substitu.* Et ideo vox patris censetur vox filii, & econtra. §. *Et vero, Insti. de inuti. stipula.* sicut etiam hæres Iuris fictione, censetur eadem persona cum defuncto, *in princ. in Auth. de testam. à mino præsti.* Ideo omnes actiones defuncti actiue & passiue transeunt in hæredem, *vt in rub. & nig. C. de actio. ab hære. & contra hære. &c.* Item indubitatum est, quod si contigerit illum nepotem vendere sæpe dictam domum, & talis domus postea vendicaretur ab emptore, quod filii eius immiscentes se hæreditati suæ, tenerentur de euictione, sed quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellet exceptio *l. vendicantem. ff. de euictionibus.*

THEMA CONSILII VII.

Quod rescriptum obreptitium, vel subreptitium sit ipso iure nullum.

SVMMARIA.

1 *Vtrum sit differentia inter rescriptum obreptitium & surreptitium.*
2 *Vtrum valeat renunciatio omnium exceptionum.*
3 *Exclusus ab omnibus exceptionibus, nunquam intelligitur exclusus ab exceptione, quæ pateat ex instrumento, vel literis contra eum productis.*
4 *Item potest opponi exceptio, quam quis in continenti potest probare.*
5 *Ratione coniunctionis, & proximitatis, præsens & tacens habetur pro consentiente.*
8 *Quando creditor debitori succedit, actio confunditur.*

CONSILIVM VII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter ponderato casu, & omnibus eiusdem circumstantiis mihi exhibitis, & propositis; Ex supplicatione G. de K. contra fideiussores C. de M. regiæ Maiestati exhibita, & rescripto per illam impetrato, &c. Breuib. respódeo, executioné, vigore talis rescripti, contra fideiussores fieri non debere, &c. quũ sit surreptitie & obreptitie impetratũ, &c. Nam si regia maiestas esset de meritis causæ sufficienter instructa, videlicet, quod ipsi supplicantes principali debitori successerint, aliquot mille florenorum ex eius hæreditate perceperint, prout ex matris propria cõfessione constat, proculdubio tale mãdatũ fideiussorib. maxime præiudiciale nõ emanasset, sed legitimas earũ exceptiones cõtra executionem admisisset. Nã licet ipsi in literis obligatoriis renunciarint suis exceptionibus, tamé non intelliguntur renunciasse exceptioni solutionis, quam cõstat ipsos supplicantes iam cõsecutam esse. Et licet ipsi prætẽdant pro aliis debitis, bona defuncti debitoris sibi iudicialiter adiudicata esse, tamen fideiussores hoc negant, nec ipsi poterint docere. Et si maxime probarent iudicatam adiudicationem illis factam, tamen clare apparebit summam illam 4000. florenorum, pro qua summa fideiussores intercesserunt, in illa adiudicatione inclusam. Et ideo hoc nõ discusso non debet fieri executio contra fideiussores, sed interim differri & suspendi executio. Et præmissa omnia tanquam iuri consona, omissis superfluis, breuiter suo ordine probantur. Et primo, † licet aliqui DD. faciant differentiam 1
inter rescriptum surreptitium, & obreptitium, quod scilicet dicatur surreptitiũ, quñ scilicet scienter exprimitur falsitas: Obreptitium vero, quando tacetur veritas, quasi obripere consistat, *l. ea iurisdictate veritatis l. si quis obrepserit. ff. de fals.* tamen in veritate nulla est differentia inter surreptionem, & obreptionem, & ita etiam DD. illis terminis promiscue vtuntur pro tanto. Nam rescriptum dicitur surreptitium, siue exprimatur falsitas, siue taceatur veritas. Eodem modo dicitur obreptitium, siue exprimatur falsitas, siue taceatur veritas. Ita probatur per text. in l. 1. ibi, obreptione precium iunct. vers. seq. ibi scilicet, preciũ surreptione meruerit: quod enim ibi text. in prin. appellat surreptitium, postea vocat obreptitium, *vt ibi Bald. in 2. colum, versic. in tex. ibi obreptio. Cod. Si nupt. ex rescripti. petantur. D. Ias. in l. præscriptione, post princip. Cod. si contra ius vel vtil. publ. Idem vult Bart. in d. l. præscriptione, (mihi, in 3. colum.) vers. quæro vtrum rescriptum impetratur.* Et licet sint opiniones inter DD. An subreptio vel obreptio vitiet rescriptum ipso iure, nec ne, tamen non est dubium, quin tollatur in effectu, ope scilicet exceptionis, *vt d. l. præscriptione. & ibi Bar. in d. vers. & Legist.* Sed in proposito nostro non est eundum per mendicata suffragia: quia rescriptum tacita veritate, vel expressa falsitate, malitiose, siue per simplicitatem, vel Ignorantiam impetratum, quod tamen verisimiliter non fuisse impetratum, si falsitas non fuisset expressa, vel veritas non tacita, vel omissa, est ipso iure nullum, *per text. ad literam in c. super literis, de rescriptis.* Et ista dispositio fuit orta ex duabus legibus, scilicet d. l. præscriptione, & l. et si legibus, quæ videntur ad inuicem contrariæ, sed vt inquit Panor. in d. c. super literis, (*mihi in 3. colum.*) *vers. descendendo.* ibi; Sed certe nescimus. quod in hoc non insistendum in opinionib. antiquorum, quum hodie habeamus textum clarum de iure Canon. scilicet in d. c. super literis, cui etiam Legistæ acquiescere debent, *per ea quæ notantur in c. per venerabilem, qui filii sint legit.* Et sic per d. c. super literis, traditur reg. Quod literæ obreptitiæ, vel subreptitiæ, maxime quando omissum fuit, vel expressum tale, quod quo non omisso, vel expresso rescriptum non fuisset impetratum, nullam tribuant condemnationem, saltem in condemnando, *vt late per glo. & DD in d. l. præscriptione, & in d. c. super literis. & probatur in d. l. et si legibus*, & sic non obstat textus in d. l. præscriptione, quia quum varii sint intellectus ad hanc legem, & de iure Canonico habeamus de hoc text. apert. in d. scilicet c. super literis. Huic iuri Canonico claro etiam de Iure ciuili stari debet, per vulga. *Et ita expresse etiam per d. c. super literis, decidit Bart. in d. l. præscriptione, (mihi, in princip. 3. col.) vers. oppono, quod quando verum omittitur.* Et tenendo etiam prout aliqui DD. volunt, quod differunt subreptio, & obreptio, quia dicitur subreptio, quando scilicet scienter exprimitur falsitas. Obreptio autem, quando tacetur veritas. *d. l. si quis obrepserit. ff. de fals.* Prædicta fortificantur in proposito, cum maius sit vitium obreptionis, quam subreptionis. *Ita Anto. de Butr. in c. ex parte, de capell. monach.*

Item & secundo, quod præfatæ literæ obligatoriæ in proposito obstent fideiussoribus, est indubitatum. Nam licet in contractib. vel stipulationib. conuentionalibus,

quando

quando conſtat de voluntate partium, ſcilicet quod vo-
luerint eſſe renunciatum omnibus exceptionibus, quod
valeat regulariter huiuſmodi renunciatio generalis o-
mnium exceptionum. *l. cum Aquiliana. ff. de tranſactio. l. ſi quis
fundum, in princip. ff. locati, iuncta l. quæ fortuitis, de pign. actio.*
Licet ſecus ſit in ſtipulationibus prætoriis, vel iudiciali-
bus. *l. ſed etſi quis. §. quæſitum, & ibi Legiſtæ. ff. ſi quis cautio. Cano-
niſt. in cap. 1. de commodat.* Item licet in contractibus requi-
ratur, quod expreſſe renuncietur caſibus fortuitis ſpe-
cialiter, tamen dicuntur ſpecialiter exprimi, ſi dicatur
quod quis aſſumat in ſe periculum omnium caſuum for-
tuitorum, vel omnes caſus fortuitos. Item, ſi dicatur: Suſ-
cipio in me periculum caſus fortuiti, intelligitur de o-
mnibus, glo. eſt ſingula. in d. §. quæſitum, in gloſſ. magna,
in verbo ſpecialiter, ante fin. in ver. ſed quid; vbi quærit
glo. quæ proſequitur præcedentem partem glo. quæ lo-
quitur etiam de contractibus voluntariis; & extraiudi-
cialibus, ſed quid ſi dicat quis: Ego ſuſcipio periculum
caſus fortuiti in me. Reſpondeo, ſatis exprimi, puto: ſe-
cus ſi diceret periculum tantum, *& iſtam gloſſ. ibi ſequitur
Bartol. & communiter DD. Legiſtæ in l. Titius, in princi. per text ibi,
ff. de liber. & poſthu.* Et dicit ibi Alex. de Imo. poſt princip. in
ver. Et inducitur, per Bal. & DD. quod illa ſit communis
concluſio, quæ ibi ponitur per gloſſ. licet Ioa. de Imol. ibi
velit & male, quod non ſufficit generaliter aſſumere in
ſe periculū caſus fortuiti, per c. qui ad agendum, de pro-
cura. lib. 6. vbi non ſufficit dicere: Do tibi mandatum ad
omnia quæ requirunt mandatum ſpeciale, niſi alia fiat
expreſſio, vel niſi alia aliqua ſpecialia exprimantur, ſub-
iecta poſtea clauſula generali, *ſed opinio Imo. confunditur per
text. ad lite. in d. l. quis fundum, in princ.* Nec obſtat text. in d. c.
quia ad agendum, &c. Alexan. de Imol. in d. l. Titius, quia
2 † verum eſt; quod non valeret illa renunciatio genera-
lis, quando ſcilicet quis diceret: Suſcipio in me omne pe-
riculum. Nam illud non ſufficeret, niſi præcederet ſpe-
cificatio aliquorum caſuum fortuitorum, *vt vult prædicta
gloſſ. in d. §. quæſitum, in 5. eius parte, ſecundum tertiam opinionem
Fulg. ibi à Bartol. & communiter ab omnibus approbatam, & patet
per tex. in l. 1. §. ſæpe. ff. depo.* Et hic in caſu noſtro conſtat de
voluntate fideiuſſorum, quod ſcilicet voluerint eſſe re-
nunciatum omnibus exceptionibus, quæ eis competere
poſſent ad impediendam executionem in bonis eorum,
Ergo, &c.

Tamen omnia prædicta eis non præiudicant, cum
ad ea pateat reſponſio, ex ipſarummet literarum obliga-
toriarum ſerie & tenore, cum ſolum obligauerint ſe, ſi
filii domini C. à K. in Chriſto defuncti, non adepti fue-
rint ſolutionem 4000. flor. Sed † licet quis ex ſtatuto vel
3 quouis modo excludatur ab omnib. exceptionibus, ta-
men poterit opponi omnis exceptio, patens ex ipſo in-
ſtrumento, vel literis productis, *gloſſ. eſt ſingu. in l. 1. §. Hoc in-
terdictum pertinet. ver. idemque dicendum eſt, ſuper verb. Imperfe-
ctam, in princ. ibi ſcilicet, ſolutum habet aliquod vitium teſtamentum
in aperto, &c. ff. de ta. exhib.* Nam licet conuentus interdicto
de tabulis exhibendis, nō poſſit opponere exceptionem,
quod non exhibeat, quia tabula ſit imperfecta, vel falſa,
tamen hoc eſt verū, ſecundum d. gl. quando imperfectio
illius tabulæ, vel vitium eſſet occultum: ſecus ſi eſſet in a-
perto, vt quia ex facie inſtrumenti appareret, quia tunc
poterit opponi. *Quam gl. etiam ad hoc expreſſe not. Alex. de Imol.
in add. ad Bar. in l. 1. §. & parui refert, in ver. adde quod Roman. vo-
luit. ff. quod vi aut clam. Idem tenet Anton. de But. in c. cum Bertol-
dus, in pen. colum. ver. quintus caſus, de re iud. Card. in conſ. 8. in tit. de
re iudica. refert & ſeq. Felin. cum concord. ibi per eum adductis in c. ex
parte, l. 2. in 6. colum. verſ. decimonono fallit, in antiq. impreſſ. de offi-
cio deleg. Et allegat ad hoc bo. text. in l. vetare. ff. de itiner. act. pri-
uat. & voluit allegare in fin. ibi, quia ipſe ſibi impedimendo ſit, quo
minus reficiat, & ſubiungit, vbi ſupra Fel. Tua enim probatio hoc
nobis perſuaſit.* Cum ergo conſtat ex tenore prędictarum li-
terarum obligatoriarū, vt ſupra plus quam ſatis oſtenſum
eſt, quod ſæpe nominati fideiuſſores in hūc euentum ſo-
lum obligauerunt, &c. Si filii antedicti non conſequerē-
tur 4000. flor. & ita ex ſerie earū conſtet, quod exceptio
ſolutionis non ſit ſublata, quod huiuſmodi exceptioni
ſolutionis nullo modo intelligatur renunciatum. Imo ſi
quis ſit excluſus ab omnibus exceptionibus, tamen po-
terit opponere exceptionem ſolutionis, *ſecund. Bald. in ad-
dit. ad Spec. in tit. de except.* Item † quando quis eſt excluſus 4
ab omnibus exceptionibus, tamen poteſt opponi exce-
ptio, q̃ quis offert ſe incontinenti probaturum, vt glo. in
c. ſuſcitator, in verb. ſententiæ; de in integ. reſt. quæ dicit,
quod licet regulariter contra ſententiā non poſſit oppo-
ni aliqua exceptio, tamē poterit opponi exceptio, quam
quis offert ſe incontinenti probaturum; & dicit Pan. ibi,
q; ſoleat iſta gloſſ. multum adducere contra ſententiam,
vt ſi incontinenti quis vellet probare exceptionem legi-
timam contra ſententiam, debet audiri; non obſtante
ſtatuto, quia ſtatutum videtur excludere legitimas exce-
ptiones, propter præſumptam fraudem opponentium,
quæ præſumptio ceſſat propter probationem, quę offer-
tur incontinenti. *pro quo etiam alleg. not. per glo. in d. l. 1. ff. de tab.
exhi. & text. in c. literas. verſ. propterea, de reſtit. ſpolia. vbi probatur.
Felin. in d. c. ex parte, la 2. in 4. colum. verſ. ſeptimo fallit, in antiq. im-
preſſura*, quanto magis exceptio ſolutionis in præſentia-
rum obtinet locum, non obſtantibus literis obligatoriis
ſæpe dictis, in quibus videtur à fideiuſſoribus renuncia-
tum omnibus exceptionibus, quum ex propria confeſ-
ſione G. à K. conſtet, quod ipſe & fratres ſui receperint
omnia bona relicta à C. M. & non probauerint, quod
præſertim in tanta ſumma ipſe C. à M. fuerit eis obſtri-
ctus, nihilominus quod ordine iudiciario, iuſte & iure eã
adeptus fuerit, ſicut etiam non præſumitur, quum ſint
facti, quæ facta non præſumuntur, niſi probentur. *l. in bel-
lo. §. factæ. ff. de capti. & poſtlim. reuer.* Præterea, quod vxor C.
à M. mater filiorum prædictorum, confeſſa fuerit, ipſam
huiuſmodi 6. vel 7. millia flor. ad quæ ipſa haberet acceſ-
ſum, eſt clarum. Nam quum duobus iſtis alternatiuis pro-
poſitis à M. ſcilicet quod ſi 7. vel 8. millia haberet, & c. i-
pſa præſens ſolum negauerit mille, aliam ſummam in-
telligitur confeſſa eſſe: quum vno de duobus propoſitis
vel illatis negato, alterum videtur conceſſum, ſiue affir-
matum. *c. nonne bene dicimus; de præſumpt.* Hinc dicit ibi Pa-
nor. in 1. not. Quanquam enim diſputetur, an tacens de-
beat haberi pro conſentiente, an negante, vt infra dice-
tur, ſubiungens: Tamen puto, vbi duo impinguntur, vel
inferuntur alicui, ſeu proponuntur, vno negato, alterum
videtur affirmatum, vt hic optime probatur, & inducit
Io. de Imo. d. c. nonne, poſt prin. in arg. quod reſpondens
parti poſitionis, negando partem, alteram partem con-
fiteri videtur. Ita in propoſito præfata domina vxor ne-
gando partem ſummæ propoſitæ intelligitur alterā par-
tem affirmaſſe. Hinc dicit Bald. in l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ.
in 2. colum. ver. ſed dices tu, quod qui quædam caſſat, videtur
tacite reliqua confirmare, *& allegat text. in l. Tribunus. §. fin. ff.
de teſtam. milit.*

Et confirmantur prædicta, quia licet ſi non agatur de
obligatione perſonali præſentis & tacentis, licet alias de
eius præiudicio tacens, nō habetur regulariter pro con-
ſentiente. *l. qui vas. §. vetare. ff. de furt.* tamen hoc fallit ratio-
ne coniunctionis, vel proximitatis, quia tunc etiam in
præiudicialib. omnino tacens, habetur pro conſentiente;
vt eſt tex. nota. in l. ſi ſeruus communis, in 2. reſpon. ff. de

dona.inter virum & vxo. vbi deciditur, quod tres erant fratres, qui habebant rem communẽ, quorum vnus eandem rem aliis præsentibus, & tacentibus, donauit vxori
5 suæ, & concluditur † valere donationem, respectu tacentium, qui ratione proximitatis, videntur in eam donationem consensisse, *& ad hoc allegat illum text. Panor. in d.c. nonne, & post eum Felin. ibi.* quod procedit etiamsi talis renunciatio habeat in se reuerentiam. c. vnico. in §. fi. alias, Porro, vbi si pater contraxerit sponsalia pro filio præsente, & expresse non contradicente, filius intelligitur cõsentire, de desp. impu. in vi. & tamen ista coniunctio habet in se maximam reuerentiam, & tractatur de præiudicio non modico. Nec obstat tex. in l. 1. §. qui onerandæ. ff. quaro act. non det. quia tex. loquitur ibi cum limitatione, quod reuerentia excusabit, si causa cognita liquido prætori constiterit, quod ob reuerentiam libertus promiserit patrono, *vt pulchre declarat Pau. in d.c. nonne, & Feli. ibi ad finem.*

Item & quarto, licet filiis masculis d. C. à K. militis, in Christo defuncti, nec ex testa. nec ab intestato fuerit delata hæreditas vitrici ipsorum C. à M. tamen quum constet eos acceptasse bona sua hæreditaria, & hæreditas eius non fuerit adita per germanos eius, & ita per proximiores venientes ab intestato, nec res hæreditariæ ab eis apprehensæ, sequitur quod tamen concesserint, se pro hæredibus suis, alias tenerentur crimine expilatæ hæreditatis, quod est improbius furtum simplici furto, *vt l. 2. & per totum istum tit. ff. de crimine expil. hæred. Cod. eod. vt etiam per tot.* Cum non probauerint, & forsitan non probabunt, quod bona hæreditaria eius, maxime in vniuersum fuerint eis ordine iudiciario rite & recte pro debitis prætensis adiudicata. Ex quo infertur; Primo, quod tenentur vt prohæredes instar eorum qui gesserunt se pro tutore vel curatore, qui licet non teneantur actione tutelæ, tenentur tamen actione protutelæ, cum sciuerint eis hæreditatem non debitam. *l. 1. & ibi Bald. & Sal. C. de eo qui gess. se pro tuto. vel*
6 *cura.* Sed † expeditum est, quod si creditor succedit debitori, vel econtra actio confunditur ratione contrarietatis, quia actio & passio non possunt simul stare in eodem subiecto. Vnde si in totum succedit, in totum confunditur: si in parte, confunditur in ea parte, pro qua est hæres. *l. debitori, in prin. C de pact. l. Stichum. §. additio. ff. solut. l. si ab eo, de neg. gest. l. si debitor creditor. ff. de fideiussorib. cum aliis iurib. alleg. in gl. in ver. confusa est, in d. l. debitori.* Et ista exceptio quæ competeret principali, si viueret, competit etiam fideiussoribus eiusdem: cum extincta obligatione principali, extinguatur etiam fideiussoria, tanquam accessoria, quę per se stare non potest. Et expeditum est, quod quando creditor debitori, vel econtra succedit, quod etiam extinguatur actio contra fideiussores. *l. heres. §. quod si stipulator. ff. de fideiusso. & gl. in d. l. debitori, in verbo, confusa, in 3. eius parte.* Ex quib. omnibus iam concluditur, quod supersedendam sit ista causa executionis, donec præfatæ exceptiones plene discussæ, & examinatæ fuerint, & quod officium iudicis erit, interlocutoriam suam ex prædictis fundamentis contrario imperio reuocare, aut saltem suspendere. *per l. quod iussit. cum ibi nota ff. de re iudic.* Et in huiusmodi discussione venit examinandum, an recte, iuste, & rite processum fuerit coram iudicio in Crossen.

THEMA CONSILII VIII.

Quod nemo inuitus cogi possit nouam societatem inchoare. Et quod socius in re communi, habente certam ordinationem, cæteris inuitis non possit pro libito disponere.

SVMMARIA.

1 *Sufficit pro se habere regulam.*
2 *Communio solet parere discordias.*
3 *Propter socium rixosum potest Minor prouocare ad diuisionem.*
4 *Contractus sociales nedum pure, sed etiam sub conditione contrahi possunt.*
5 *Bona fides debet in societatibus exuberare.*
6 *In communione melior est conditio prohibentis.*
7 *In re communi litium est socio vti re communi ad vsum destinatum, nisi pacta societatis impediant.*

CONSILIVM VIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quantum per temporis angustiam, & negotiorum varias occupationes, præsentem casum licuit discutere, omnino videtur generosum dominum Comitem A. non posse cogere patruos, vt nouo modo, & formæ vecturæ, præscriptæ à Comite A. consentiant. Et sic suas partes antea diuisas, iterum inuiti ponant in communionem. Nam clerum est, quod generosi Comites H. à P. habent pro se Regulam, quod scilicet nemo regulariter cogatur contrahere communionem, vel societatem inire, quum huiusmodi & similes contractus sint ab initio voluntatis, licet ex post facto necessitatis. l. sicut. C. de actionibus & obligationibus, vbi dicitur, quod in initio cuique liberum est habendi, vel non habendi contract'. *l. in commodato. §. sicut. ff commoda. l. inuitum. Cod. de contrah. empt.* l. nec emere. C. de iure delibe. cum multis concordan. allega. in gl. in d. l. sicut, in qua l. nec emere, deciditur, quod nemo cogatur contrahere, nec quasi contrahere, nec donationem acceptare. Et licet dicta regula habeat multas fallentias, *de quibus per glo. in d. l. nec emere. Bart. in l. fin. C. de fideicom. libert. Bald. & Ang. in l. si pendentes. §. si quid cloacarii. ff. de vsufruct.* Sed nulla illarum fallẽtiarum, vt patet, singulas discutiendi habet hic locum; Ergo sufficit præfatos dominos Comites habere regulam pro se, per quam intentio eorum est fundata: † quum sufficiat habere quem regulã pro se, & illa debet attendi, quamuis aliquæ fallentiæ sint in contrarium. 1
Ita probatur per textum in l. ab ea parte. ff. de probatio. allega. per Bartol. ad hoc in l. 2. ff. si quis in ius voca non ierit. post Innoc. in c. præterea, de dilationibus, facit secundum D. Iason. in dict. l. 2. in princip. 7. colum. versic. nota istam doctrinam, in antiq. impressur. l. suus quoque, in versicul puto. ff. de heredi. institu. & in c. venerabilibus, in versic potest quoque, de sentent. excommunic. libr. 6. Ideo standum est regulę, donec de exceptione doceatur, *secundum Albric. in 2. parte statu. quæst. 159. incip. Ex forma statuti eleganter custodes.* Ideo Bald. in l. si tutor. in finalibus verbis. C. de ser. pignor. dat. ma. in hæc verba prorumpit; quod regulæ iuris sint tenaciter seruandæ, nisi in contrarium appareat dispositio specialis, *allegans ad hoc l. omnis definitio. ff. de regulis iuris.* Hinc pulchre inquit Bald. *in c. 1. in princip. 1. col. de alien. iudic. mutan. causa fact.* quod inhærendum sit regulæ, qua posita nisi probetur contrarium, secundum regulam pronunciandum sit, *vt eleganter not. ff. de rei vendic. l. qui restituere.* Et in fortioribus terminis dicit Bartol. *in l. quotiens. ff. si quis cautio. &c.* Quod illud non dicitur dubium, de quo est regula iuris, licet sint aliqui casus speciales, nisi de casibus specialibus specialis mentio fiat. Ita probatur in d. l. stipulatus, vbi promittens seruum sistere in iudicio non tenetur, qui habet regulam pro se, quod scilicet seruus non potest stare in iudicio, licet sint aliqui casus speciales, in quibus seruus possit esse in iudicio.

Præterea

Præterea pro dominis generosis Comitibus vltra prædictam regulam, militat quod specialiter iure prouisum est, quod nemo regulariter cogi possit inchoare societatem cum alio.l.fin.iunct.glo.1.secundum primum intellectum.C.commu.diuid. Item secundum alium intellectum est ibi casus, quod nemo cogatur inuitus retinere societatem initam cum alio, vel aliis,&ita in ea etiam stare, multo minus quis potest cogi, vt ineat communionẽ cum aliis, cum alias etiam aliquis facilius impediatur ad aliquid de nouo faciendum, quam tollatur postquam est factum.*l.patre furioso, ibi, Nam licet furiosus vxorem accipere non possit.ff. de his qui sunt sui vel alien. iur. &c. Item allegatur dict. l.in dict. ver. Ad hoc etiam*, quod facilius aliquid conseruatur,
2 quam in esse producatur, Ergo, &c. † Communio enim solet parere discordias, maxime inter fratres, vel patruos. *l.cum pater.§.dulcissimis. ff.de legat.2.l. in re communi.& ibi ad hoc notat Flor.ff. de serui. vrb. prædio. & l. 2. Cod. quando & quibus quarta pars debea.* Et prædicta in proposito videntur procedere sine omni dubio, cum non appareat, nec vere, nec præsumptiue, quod aliqua publica vtilitas, ex qua subditi Comitum de M. efficerentur ditiores, ex dicta coitione, siue communione oriri possit. Imo vt ex rationibus adductis patet, quod inde damna, nedum ipsis, sed etiam eorundem subditis, verisimilius obuenirent, ideo his superflue instatur, an & quando vtilitas publica præferatur vtilitati priuatæ. Et non dicitur vtilitas publica, si alter & alter ditetur, & plures depauperentur, cum publicæ vtilitatis sit, & Reipublicæ intersit habere homines diuites.*§.pen.Inst.de his qui sunt sui vel alien.iur. Bartol. & Legistæ in l.1.ff.solut.matrim.l.actione.§.Labeo.ff.pro socio.gloss.in l.vnica.§.fin.& ibi Bartol. C. de cadu. toll.* Et nullo iure reperitur cautum, quod propter vtilitatem quorundam aliqui inuiti teneantur inire communionem cum aliquo. Ideo in casu isto inuicta stat illa regula: Quod prædicti duo domini Comites inuiti compelli nõ possint ad ineundam nouam communionem, cum D. Comite A. quia ex illa cõmunione verisimiliter orirentur discordiæ & rixæ inter prædictos Comites.*d.l.cum pater.§.dulcissimis.* Sed maxime interest Reipublicæ, quod homines potissimum constituti in magna dignitate, & ita potentes vt Duces, Marchiones, & Comites, viuant in pace, & sine rixa, & studeant concordiæ. Nam & alias vt euitenter rixæ & contentiones, multa sunt specialiter à iure inducta, contra regulas iuris cõmunis. Nam de iure Minor stans in communione cum alio, nõ potest prouocare ad diuisionem, licet possit prouocare à socio. *l.inter omnes. cum simil. Cod. de præd.mino.* Et tamen † iudex causa cognita permittit etiam
3 minorem ad diuisionem prouocare, si scilicet habuerit socium rixosum, *secundum Bart.& Bald.in d.l.fin. C commu.diuid.& in l.si conuenerit.ff.pro socio.* Item licet quis non possit regulariter renunciare societati ante tempus, tamen hoc fallit, si consocius suus fuerit rixosus: quam regulam ponit Iurecons.in d.l.si conuenerit, cum eius fallentia, in fi. ibi, dum dicit: Aut quid si tam iniuriosus, & damnosus socius sit, vt non expediat eum pati, quem text. Barto. & Bald. dicunt ibi menti tenendum.

Nec obstant omnia illa, quæ colorate per D. Comitem A. in hoc adducuntur, quod scilicet propriis expensis velit hoc inchoare, &c. Etiam cauere sufficienter, nullum ex hac re metalli fodinis damnum aut detrimentum secuturum, &c. Nam postquam generosi Comites inierunt & perfecerunt contractum, & reformationem cõmunionis metalli fodinæ, cum multis capitulis & pactis in eis specificatis, huiusmodi contractus & reformationes, quæ à principio fuerunt voluntatis, iam sunt necessitatis, pro tanto, quod Comes A. inuitis eis cõtrauenire non possit. *dict. l.sicut. l. de contractu, cum simil. C. de rescin. vend.* Et † contractus sociales nedum pure, sed sub conditione 4
contrahi possunt.l.de societate, & subiungit ibi text. rationem, dicens: Voluntates enim legitimæ omnino seruandæ sunt. Et sic vult tex.ibi, quod præcise sint seruandæ, vt patet ex dictione Omnimodo, ibi posita, quæ scil. ex natura eius præcisa est.*l.omnimodo.C.de inoffic.testam. gloss. in l.sunt exceptiones. §.quatenus, in versic. omnimodo. l. 1. & l. 2. ff. quod metus causa.* Importat enim idem, quod ipso iure.*gloss. est in l. 1. §.si pecunia, in verbo, omni, & ibi pulchre Bald.ff. deposi.* Et ideo † bona fides debet in societatibus exuberare.l. 5
cum in societatis.C.pro socio.vbi etiam deciditur, quod in eis æqualitas seruanda sit, propter inæqualitatem enim, si vnus lucrum, alter damnum percepturus sit, non valet societas, sed leonina dicitur.*l.si non fuerint, in fine, ff.pro socio.*

Nec obstat præfatis generosis Comitibus, si pro parte generosi Comitis A. obiiceretur, quod de sua quinta parte possit pro arbitrio & libito disponere, quum quilibet in re propria sit moderator & arbiter. *l. in re mandata.Cod.mandati*, etiam in abutendo re sua, *text. est rotundus in l sed et si.§.consuluit, in verb. dum se abuti putat.ff. de petitio. hæred.* Iniquum enim est ingenuis hominibus, liberam rerum suarum administrationem auferri. *l.non vsque adeo, in fin. ff.si quis à parent. fuerit manu.* Et iustum est vnicuique sua committere.*l.nemo exterus. C.de iud.* Quia hoc est conuentione, & pactis socialibus in dicta reformatione expressis, & à Comitibus initis, & contractus accipiunt legem ex conuentione.*l.1.§.si conueniat. & §.seq.ff.de pact.cap. contractus, de reg.iur.in 6. & l.contractus.ff. eod. tit.* Ideo omnia conuenta in prædicta ordinatione metalli fodinarum sunt seruanda. Et ideo nec Comes A. nec alius aliis Comitib. inuitis, in vno contrauenire possit. Imo in his quæ sunt communia pluribus, vt singulis, non vt vniuersis, siue vniuersitati, vel collegio, etiamsi essent mille, non præiudicant aliis.*l.per fundum.ff.de serui. vrba præd.l.fin.ff. communia prædio.* Et ista fortificantur in proposito, † quod in istis 6
& similibus communionibus, melior sit conditio prohibentis.*l.Sabinus.ff.commu.diuid.cap. in re communi, de reg.iur. in 6.* Et hoc sine scrupulo procedit secundum glo.in d.c. in re communi, quando interest prohibentis non fieri, & probatur in d.l.Sabinus, sicut in terminis istis maxime videtur interesse prædictis duobus Comitibus, stante scilicet, quod causæ prohibitionis, vel saltem aliquæ ex istis subsistant, quod comes A. extra comitatum non ordinat die Widerfuhr/ 2c. Quare text.in d.l.Sabinus, in fine dicit; Quod si quis ad eius læsionem fecerit, quod hoc tollere cogatur, &c. Nec obstat, si diceretur, † quod etiam in re communi quis possit vti re communi, ad vsum 7
destinatum, etiam cæteris inuitis. *l. si ædes. C.communi diuidund.* l. arboribus.§.naues.ff. de vsufruct. per quem text. gl.ibi in verb.nauigetur, colligit arg. quod socius potest vti sylua, vel alia re communi, socio inuito, dummodo in eum vsum, in quem est, &c. *§.in commune, Inst.de rerum diui.not.Bartol.in l.quod maior, in ver. ad secundum membrum.ff.ad municip.* Quare videtur omnino, quod generosus Comes A. possit sua quinta deß Bergs / ad vsum destinatum, scilicet zu dem Feuwern/pro suo arbitrio, & sic etiam extra Comitatum, & territorium Comitum de M. vti, præcipue quum illa quinta pars sit ipsius propria, & in ea alii duo Comites nihil penitus iuris, communionis, vel alterius habeant, &c. Quia vt ex supra proxime adductis claret, hoc procederet, si non essent speciales conuentiones à generosis Comitibus, deß Berghandels halben/factæ; & ab eis concorditer initæ, & conclusæ, quibus specifice & nominatim prouisum, & conuentum

 esset;

esset, quibus scilicet modis, & forma, cum emptione carbonum, regimine, & aliis cuilibet ex eis, sua parte vtendum sit. Quum ergo in præsentiarum sint speciales conuentiones, &c. sequitur, quod Comiti A. non liceat huiusmodi conuentis contrauenire, in faciendo, vel ordinando alium modum, in vtendo, scil. deß Feuwerwercks vnd Kolenkauffs / quam conuentum sit, quum contractus recipiant legem ex conuentione. Et quia huiusmodi conuentiones, vt patet, non solum non sint à iure reprobatæ, sed rationi & æquitati conformes, & pro communi vtilitate in huiusmodi reformationibus positæ, sequitur, quod Comes A. ex sua propria conuentione non possit deß Feuwerwercks halben aliam ordinationem, quę sit contraria ordinationibus prius initis, inuitis prænominatis duobus generosis Comitibus, facere. Et sic sequitur, quod præcise in proposito habeat locum regula l. iurisgentium. §. prætor. ff. de pactis, &c.

THEMA CONSILII IX.

Qualiter, & ex quibus causis tutor conuinci possit esse in dolo, saltem à iure præsumpto. Et quid huiusmodi dolus operetur. Et an, & quando quietatio generalis, facta à curatore tutori, etiam cum decreto iudicis, præiudicet pupillo, vel Minori, quo minus possit denuo petere planam & perfectam rationem, &c.

SVMMARIA.

1 *Tutori debet decerni administratio à Iudice, antequam administret.*
2 *Debet facere Inuentarium.*
3 *Debet promittere defensionem facere pro pupillo.*
4 *Librum rationum tutores debent conficere.*
5 *Bona tutoris sunt tacite obligata pupillo, pro gestis, & non gestis.*
6 *Finita tutela, & cura, tutores tenentur reddere rationem.*
7 *Contra tutorē non conficientem Inuentarium, iuratur in litem.*
8 *Contra non conficientem librum rationum, iuratur in litem.*
9 *Quando generali remissione inter viuos facta, intelligatur remissus dolus de præterito.*
10 *Dictum gl. debet intelligi secundum leges, quas allegat.*
11 *Verba enunciatiua contrahentium probant, quando contrahentes super enunciato possunt disponere.*
12 *Vbi facto opus est, verba non sufficiunt, nec factum probant.*
13 *Aliud est rationem reddere, & aliud redditam confiteri.*
14 *Autoritas curatoris, & decretum Iudicis, sine causæ cognitione & inspectione rationis interposita, nulla reputatur.*
15 *Verba enunciatiua propter aliud prolata, regulariter non inducunt dispositionem.*
16 *Libellus alternatiuus admittitur.*

CONSILIVM IX.

IEsu Christi Domini nostri auxilio suppliciter implorato. Visis & diligenter ponderatis facti narratione, administratione tutelarum, tenore testamenti diuisionum, & inuentariorum in præsenti causa, vertente inter egregium virum D. M. à K. doc. nomine curatorio vxoris suæ quondam filiæ honesti viri S. A. ciuis F. &c. Actorem ex vna, & honestam dominam A. relictam præfati S. modo vxorem validi M. M. &c. matrem vxoris Domini M. à K. & prouidos viros S. & N. A. etiam ciues Friburgenses, reos ex altera partib. breuiter respondetur; Quod præfata Domina A. tutrix testamentaria à marito suo prius, liberis eorundem constituta, D. M. à K. nomine vxoris suæ plenam & claram rationem administrationis suę, à tempore mortis S. A. vsq; in quartū annum reddere de iure obligatur, non obstāte quietatione, siue liberatione facta ei à S. præfato, nomine proprio & curatorio sororū & fratrum suorum, & verbis narratiuis contentis in scriptura prætensæ primæ diuisionis, de anno Dominicæ incarnationis M. D. XXIIII. Sabbato post Martini, in hæc verba: Es soll auch vnsere freundtliche liebe Mutter / vber angezeigte theilung / nach dem sie verwaltung aller Güter / die vnser lieber Vatter seliger hinder sich verlassen / in ihrer besorgung drey Jar lang / biß in dz vierdte gehabt / vnd dieselbige getrewlich vnd fleissig / vnd dz allenthalben nützlich / verwaltet / wie sie solches mir / vñ an statt meiner Geschwistern / vnd der kriegischen Vormunden in beysein meiner Herrn vnd Freunde / guten Bericht gethan / Denn ich ihr Vormundtschafft meiner Geschwister / sampt genannten Vormunden zur genüge angenommen / mit absagung / dz sie hinfürter mit keiner Rechnung soll beladen seyn / Hab sie auch hiemit / von wegen mein / vñ meiner geschwister / sampt den Vormunden / aller Einname vnd außgabe quitiert.

Item, non obstantib. etiā illis verbis in scriptura secundæ schedulæ prætensæ secundę diuisionis, ante finē positis, scilicet, Darüber soll kein theil dem andern ferner zu berechnen schuldig seyn. Posito etiam, quod illustrissimus Princeps & dominus, dominus Henricus Dux Saxoniæ, &c. tanquam iudex & superior omnium partium, confirmauerit vltimam diuisionem, & etiam quietationem, decretumque super eis interposuerit.

In præsenti consultatione examinandi sunt principaliter tres articuli, quibus breuiter discussis, patebit veritas prædictæ responsionis. Primus, ex quibus causis tutor conuincatur esse in dolo, saltem à iure præsumpto, tam in initio, medio, quam in fine suæ administrationis. Secundus, quid operetur huiusmodi dolus probatus, vel præsumptus contra ipsum tutorem. Tertius, an & quando quietatio etiam generalis facta à curatore tutori, etiā cum decreto Iudicis, præiudicet pupillo, vel Minori, quo minus possit denuo petere, vt tutor ei reddat plenam & perfectam rationem suæ administrationis, & tutor ad reddendam eam teneatur.

Circa primum art. est præmittendum, † quod cuilibet vel curatori, antequam administret, debeat decerni administratio à iudice, nec prius administrare potest, quam ei decernatur. *l. tres tutores, in fin ff de admin. tut. l. fin. §. procul dubio. C. arbi. tut.* Et loquitur ibi expresse text. in tutoribus testamentariis, vt patet ibi: Nihil testatoris. Et ita not. Sal. expresse in 1. notab. dicens: Nota quod tutori etiam testamentario debet prius per Iudicem decerni administratio, & idem in quolibet alio. similiter & † tutor, vel curator debet facere inuentarium, antequā administret de ipsis rebus, & bonis pupilli vel adulti. l. tutores, la 2. C. de admi. tut. ibi dicit text. tutores & curatores mox cum ordinati fuerint, sub præsentia publicarum personarum inuentarium rerum omnium, & instrumenta facere curabunt solenniter, aurum argentumque, & quicquid vetustate temporis non mutatur, si in pupilli substantia reperiatur, in tutissima custodia collocetur. *l. tutor qui repertorium, in princip. ff. eodem tit.* Et debet tutor tale repertorium conficere, quam primum potest, *secundum gloss. 1. in dict. l. tutores.* & habet hoc locum in omni tutore testamentario, legitimo & datiuo, *secundum gloss. sing. & approbatam, in verbo personarum, in fin. in d. l. tutores.* Et ideo conuincitur dolus tutoris, si in inuentario non sint descriptæ singulæ & omnes quantitates pecuniæ pupillorum. d. l. tutor. qui repertorium. in pri. cum ibi not. Dicit enim ibi tex. solemnis, licet vulgatus, tutor qui repertorium non fecit, quod vulgo Inuentariū appellatur, dolo

malo

malo fecisse videtur,&c.Et dicit ibi gloss. 1. quod ideo sic
dicitur,quia reperta continet, & inuenta: & quia inuen-
3 ta in bonis pupilli ibi describũtur.Item, † tutor expresse
debet promittere defensionem sacara pro pupillo, sine
vlla diminutione. l.fin. §. omnem, ibi & hoc specialiter
exprellerint, quam omnimodo, sine vlla dilatione, de-
fensionem pro pupillis,& adultis, aliisque supra memo-
ratis personis,subire eos necesse est.C.de admi. tuto. Sa-
ly.& Legistæ in d.l.tutores.& dicit ibi Barto. quod iste sit
nouus & singularis casus, & mente tenendus, & quod
multæ tutelæ per hoc cassantur.Hinc dicit Iurecon. præ-
cipuum tutoris officium esse, ne indefensum pupillum
relinquat.*l.tutoris præcipuum,ff.de admi.tutor.*Et ponuntur iu-
ra concordantia ibi in glo.
4 Item vltra prædicta,† tutores vel curatores; tempore
suæ administrationis, & ita post decretam à iudice tute-
lam,& confectionem inuentarij,debebunt conficere li-
bros administrationis,rationum tutelarum,continentes
specifice & expresse, debita, & credita, redditus, & ex-
pensas,&c.l.1.§.officio, vbi dicitur: Officio tutoris incũ-
bit,rationes actus sui conficere,& pupillo reddere. ff.de
tut.& ratio.distrah.& sic est ibi tex. & not. ibi Bald.quod
tutor debet cõficere librum rationum,& pupillo redde-
re,finita tutela. *l.Lucius la 2. §.tutela. ff. de admin.tut & per tot.*
Et dicit eleganter Bart.in cons.150. *incip. Cum prædicta exa-
minarem,multa dubia occurrerunt,in fin* vbi tradit formam ta-
lis libri rationum,& sunt verba Magistri veritatis: Quæ-
ro qualiter debeat esse cõpositus liber rationum.Respõ-
deo; Omnia singulariter debent inseri, vt ex tali fundo,
à tali coluno tantum tali anno,subiungẽs: non enim de-
bet in genere in summa poni, & sic, vt possit reperiri ve-
ritas,vel falsitas,*vt ff.de cond.& demonstr.l.antep. Cod.de suscept.
l.nemmem.* Si igitur aliter rationem ediderit, non videtur
5 edi,quia intelligi non potest. Hinc † bona tutoris & cu-
ratoris,sunt tacite obligata pupillo & adulto, pro gestis,
& non gestis. *l.pro officio.C.de admin.tut.* Dicit enim ibi tex.
pro officio administrationis tutoris vel curatoris, bona
si debitoris extant, tanquam pignoris titulo obligata,
minores sibimet vendicare minime prohibentur. Idem
est,etsi tutor vel curator quis constitutus, res minorum
non administrauerit,& licet in gloss. 1. ibi ponantur duæ
opiniones,quando scilicet bona tutoris sint tacite hypo-
thecata pupillo,&c tamen opinionem gloss. quæ habet,
quod ex eo tempore, quo cœpit esse tutor. sequuntur ibi
Iac.de Aret.Saly.& communiter DD.& dicit Bart. quod
illa l pro officio,tota die allegetur.
6 Item, † expediti iuris est, quod finita tutela, vel cura,
tutores vel curatores sint obstricti reddere rationem suæ
administrationis *l.aduersus.l.rationes.Cod.de admin.tut.l.actus.
ff.eod.tit. l. nisi. in princip. & fin. l.si tutor. §. fin ff.de tut. & ratio.
distra.* Quam quidem rationem tenentur reddere clare,
perfecte & legaliter, sine omni fraude, & superstitione,
secundum formam expressam à iure, quam tradit & de-
clarat solennis l.cum seruus.ff.de cond.& demonst. Di-
cit enim ibi Iureconf. quod reddere rationem est primũ
offerre rationes legendas, deinde computandas, vt ex-
plorari possit computationes probe, an improbe refe-
rantur:accepta recte relata,an non recte,& subiungit ibi
tex.in fin. Itaque cum seruo sub hac conditione libertas
testamento datur,si rationes reddiderit,non hanc solam
habet significationem, si cautiones instrumentaque o-
mnia actus sui exhibuerit hæredi, sed & si reliqua solue-
rit. Et ista not. lex est sine dubio diuinitus promulgata,
ad obuiandum fraudibus,dolo, & decaptionibus tuto-
rum & curatorum,cum bona pupillorum multifarie sint
exposita periculo ipsorum tutorum, *& illum text. allegat
ad hoc Paul. de Castr in consil. 309. incip. aduertendum, quod si de
mala redditione computorum non constaret, in 1. colum. versic. Nam
bonus paterfamilias. Pet. de Anchor. in consil. 330. incip. Visis facto
narrations, copiis testamenti, &c. in 2. colum. versic. in contrarium
multa faciunt,&c.D Ias. in consil. 219. incip. Ista materia rationum
tutelarum, in 2. colum. ver. isti tutores non reddiderant.* adducit et-iam ibi D.Ias.tex.in l.si statu libera. §. fin. ff. de statu libera.vbi tex.definit, quid sit reddere rationem,& prorumpit in hæc verba:Rationum autem reddendarum conditio, quod ad reliqua quidem attinet, etiam in danda pecunia consistit: qui autem ad ipsa volumina rationũ tradenda, percunctandas atque examinandas rationes, & in dispungendas,atque excutiendas,factum habet, *& per dicta iura, scilicet l.Cum seruus. l. Si repertorium. l. si argentarius. in princip.& §.1 ff.de edendo, inquit pulchre Ang. in consil. 286. incip. Quod ita facto assertum, (mihi, in 2.cola.)* Quinimo quod si diceret quis, se non composuisse librum rationum, ipse in dolo conuincitur, quia nulla ratio correctionis vniuersalis, multa, varia & diuersa continens, recte vel probe reddi, videri aut etiam inspici potest, nisi per inspectionem librorum, *refert & sequitur D.Iason.vbi supra, & dicit text. in dict.l argentarius.§.1.* Edi autem ratio ita intelligitur,si à capite edatur. Nam ratio nisi à capite inspiciatur, intelligi non potest. Quum ergo honestæ dominæ A. M. nec administratio tutelæ à iudice decreta fuerit, nec inuentarium de bonis,& rebus liberorum suorum, tunc temporis pupillorum fecerit, nec ei confectio inuentarii à marito testatore remissa fuerit, nec etiam libros administrationum pupillarum confecerit; Et ideo nec libros tales,quos non confecit,finita tutela sua, scilicet tempore,quo conuolauit ad secunda vota, filiæ suæ vxori D.M. à K. consignare potuit, nec reddidit rationem administrationis suæ, secundum modum in præallegatis iuribus præscriptum,quum de isto modo vel forma, nõ vna syllaba in prætensis diuisionibus reperiatur, imo de nulla redditione rationis, administrationis suæ probatum est, vt infra in tertio articulo deducetur. Sequitur euidenter, vt ex iam adductis citra, cum pace loquendo, eam conuictam de dolo,si non vero saltem præsumpto, tam in principio,tam in medio, quam in fine suæ administrationis, quum ob solam omissionem confectionis inuentarij contra tutorem oriatur præsumptio iuris, & de iure; quum sit violenta, *gloss. in d.l.fin. §.procaldubio, & ibi Bald.& Salycetus.*

Ex prædictis etiam satis patet responsum ad secũdum articulum,scilicet quod huiusmodi dolus verus,vel à iure præsumptus,inter cæteros effectus operetur, quod asserta liberatio,vel quietatio facta à S.A.dominæ A.de administratione sua, fuerit dolo saltem præsumpto, facta.

Item,† tutor non conficiens inuentarium ob dolum, 7
qui à iure præsumitur, tenetur pupillo ad interesse, quod scilicet eius interest, quod non fuerit confectum inuentarium,&ideo iuratur per pupillum vel minorem in litem, contra tutorem, per quod quidem iuramentũm tale interesse æstimatur. d. l. tutor qui repertorium, in princ.in resp. vbi dicitur: Si quis igitur inuentarium dolo non fecerit,in ea conditione est, vt teneatur ad id, quod pupilli interest, quod ex iuramento in litem æstimatur. Ex quo versi. iuncto princ.Bartol.in d.l.tutor qui repertorium,in prin.*(mihi, in 4. col.) versic. venio ad secundam particulam*,notat,quod ille qui non fecit quod scit,vel scire debet se teneri ratione officii sibi iniuncti, est in dolo præsumpti, *simile secundum eum, in l. carceri. ff. de custod. reor. l.si procuratorem § si dolo. ff.manda.* Et ex hoc obligatur ad interesse, vt hic patet, imo ex hoc solo tutor tenetur ad interesse,per iuramentum in litem, si non fecerit librum

rationum,

rationum. Arg. d. l. tutor qui repertorium, secundum Iac. de Aret. in d. l. 1. §. ex officio. sequitur & refert ibi Bald. & subiungit, quod sit notandum, quod ita præsumatur cõtra illum, qui non fecit Codicem rationum, sicut contra illum, qui non fecit inuentarium. *& dicit idem tenere Rayn. de Fo. & facit infra, de falc. l. si quis cum falso.* §. 1. & subiungit
8 Bald. Nota illum casum valde. Item † speciale est, quod in actione tutelę propter culpam iuretur in litem, contra principalem, *vt nota in l. in actionibus. ff. de in litem iurando, & expresse Bartol. in d. cons.* 150. *in 2. colum. versic. item aduertendum.* Quanto magis in proposito. Iterum, cum pace loquendo, prædicta procedunt contra dictam dominam A. cum nullum eorum quæ à iure requiruntur à tutore, nec in principio, medio, & fine fecerit, propter quæ omnia maxime arguitur præsumptio doli contra eam, cum vnum illorum tantum induceret præsumptionem doli contra eam: Ergo, &c. Imo apparet ex prædictis, sæpe nominatam dominam A. multos dolos saltem præsumptos, scilicet in principio, in medio, & in fine suæ administrationis commisisse, cum nullo tempore fecerit ea, quæ de iure facere tenebatur, vt patet iuribus supra allegatis, & per consequẽs detegitur etiam quietatio, vel liberatio secuta, dolo facta, potissimum cum (vt in 3. artic. deducetur) non fuerit probatum, quod vnquam reddiderit rationem etiam minimam suæ administrationis.

Ad tertium principalem articulum breuiter etiam respõdetur, quod quando apparet computationem tutoris præcessisse quietationem, si tamen constare potest, ipsam computationem fuisse aut mutilam, aut non plenam, siue perfectam, tunc non obstante etiam generali quietatione, siue liberatione à tutela, vel cura, tutor siue curator pupillo vel minori petenti, tenetur denuo reddere rationem suæ administrationis, & ita iterum facere computum. Et ita in terminis consuluit eleganter Paul. de Cast. in d. cons. 300. 9. videlicet, quod si constare potest de mala redditione computorum, quod tunc appareat de dolo & fraude matris contrarium asseuerantis, & per hoc quietationem extorquentis, quum dolus sit falsa vocis asseueratio, scienter facta, cum intentione fallendi, *vt l. 1. ff. de dolo, & nota C. si contra ius vel vtilitatem publicam. l. præscriptione, per Cyn.* per cõsequens patet etiam quietationem iuratam non valere, *per gloss. in l. 3. §. contrarium. ff. de contra. iud. tutelæ.* Et tunc mater de nouo compelleretur reddere rationem, & reliqua, si quæ sunt, restituere: & hæc dicta sufficeret, *dicit Paul. de Castr. ibi in princ.* Dicit enim glo. in d. §. contrarium, quod valet liberatio finito officio sine fraude, cum iuramento extorta: quod si fuerit fraudulenter extorta, non valet: & dicit ibi Bart. super d. glo. quod totus mundus eam alleget. Et licet Paul. de Castr. in d. cons. dicat prædicta sufficere, tamen particularius ibi attingit casum, & dicit pro parte filiæ, matrem aliqua omisisse, in inuentario ponere, scilicet duas vineas, ex quibus potuit fructus percipere, ascendentes ad valorem ducentorum. Item quosdam alios census. Item precium, seu restum eius ex venditione cuiusdam census, quæ si vera sunt, præsumendum est, de his non fuisse rationem redditam, quum cõtra omittentem præsumatur dolus, & subtractio, *vt ff. de admin. tut. l. tutor qui repertorium, ad l. Falc. l. dolo.* quæ præsumptio transfert onus probandi in matrem. *l. non est verisimile. ff. quod metus causa. &c.* Non enim tenetur filius stare relationi matris, dicentis, se conuertisse in vtilitatem ipsius, nisi ipsi filiæ exhibeantur computa, per quæ appareat, in quas causas fuerint exposita, vt in l. fin. ff. de exercitoria, vbi exercitori asseueranti se in vtilitatem domini conuertisse, non creditur, nisi causa subsistat: sicut nec creditur prælato, asseueranti in vtilitatem Ecclesiæ conuertisse, *Authent. hoc ius porrectum. C. de sacrosan. eccle.* Nec obstat, † quod in generali remissione inter viuos facta, intelligatur remissus dolus de 9
prætetito, secus in vltima voluntate, *vt not. gloss. fin. in l. actione. Cod. de transact. quam ita ibi intelligunt Cyn. Bald. Sal. & in effectu Alex. de Imo. Bald. in l. cum necessitatem, vbi hanc gloss. reputat ad hoc singularem. Cod. de fideicom. Bald. & Ang. in l. si vnus. §. illud, post gloss. ibi, ff. de pact.* Nam ad hoc respondetur primo, quod istud habet locum in illo dolo, in quo nihil adest doloso, sed quando ex dolo pręsumpto aliquid adest, vel adesse præsumitur tutori, & aliquid abest, vel præsumitur abesse renuncianti, tunc talis remissio non extenditur ad talem dolum, nisi de ea sit facta expressa, & specialis mentio. Casus est in l. Aurelius. §. Meuia, vbi decid
itur, quod si mater in testamento, vnum ex tutoribus filii, ab actione tutelæ, his verbis liberauit, rationem tutelæ, quam egit Lucius Paulus cum Antistio Cicerone: posciab eo nolo, eoque nomine cura omni liberatum esse volo, quod tamen non obstante tali liberatione generali, pecunia pupilli quæ apud tutores postea manerei, peti possit. *ff. de libe. lega. Et probatur per text. in l. tres fratres. ff. de pact.* Ita expresse dicit Bartol. in l. Aurelio. §. Gaius, in 2. colum. versic. quarto quæro, ibi, scilicet dicerem sic. & loquitur in d. versic. Bartol. expresse, quando liberatio facta est ei, qui tenetur actione vniuersali, vel generali, vt tutelæ, curæ, vel negotiorum gestorum, &c. *ff. de libe. lega. Bald. Sal. & Moder. in dict. l. actione, & in l. sub prætextu specierum. C. de transf.* per quæ patet etiam responsum ad d. l. sub prætextu specierum, vbi transactio generalis interposita, super actione vniuersali, vel generali, vt exemplificãt ibi DD. generaliter obstat in omni eo, quod super actione proposita includi poterat. Nam d. l. secundum Pet. & DD. ibi non procedit, quando interuenisset dolus tutoris, in occultando, & ex hoc remaneret in lucro, si ab illo censeretur liberatus. *d. l. tres fratres.* Item in generali remissione, siue liberatione, non veniunt ea, quæ ratione dominii, vendicari poterant. *d. l. Aurelius. §. Meuia. iunct. gloss. not. ibi in ver. pupillæ, & ibi Bart.* per quæ, & alia, D. Iason. in d. l. sub prætextu, & in d. cons. 212. reprobat, & bene consi. Fulgo: quod dedit nepoti suo, volenti agere contra tutorem suum, ad quædam iocalia. & ibi per eum. Item & secundo potest responderi, quod d. gl. fin. in fi. in d. l. actione, nõ velit in hoc ponere differentiam inter actus inter viuos, & vltimas voluntates, sed solum in modo conceptionis verborum, vt scilicet si quis simpliciter liberet, vel relinquat, siue leget liberationem, non intelligatur remissus dolus: secus si remittat quamcunq; actionẽ, in specie, & quod hanc differentiam facit. d. l. si quis rationes. ff. de libe. lega. alleg in glo. Et hanc differentiam, scilicet in modo conceptionis, proprie facit textus ibi. Nam dicit in princ. d. l. si quis rationes exigere prohibetur, nõ intelligitur remisisse, quod liberatus ex mala administratione, penes se retinuit, & si quid dolo malo fecit, qui rationem gessit, & sequitur postea in text. Quod si quis & hoc, scilicet & male retenta, & dolo velit remittere. Ita debet legare, &c. Et certe ille textus non ponit in hoc differentiam inter actus inter viuos, & vltimas voluntates, sed solum in modo concipiendi verba liberationis, & hoc videtur etiam esse de mente glo. in d. l. actione, ex quo alleg. d. l. si quis rationes, † cum dictum 10
gloss. debeat intelligi secundum legas, quas alleg. *secundum Bartol. in l. Non solum. §. Liberationis verba. ff. de libe. leg. Praeterea iura supra allegata, vt dict. l. Cum seruus. d. l. Argentarius. & l. Si quis ex argentariis. ff. de edend & l. 1. §. Officio.* Ex quibus patet, qualiter obligatus reddere rationem, teneatur eam reddere, vt contingat liberatio, necessario requirũt factũ & calcu-

& calculationem ipsi pupillo, sed iure cautum est, quod vbi illa requiruntur, debeant expresse probari, & deduci, non per simplicem assertionem, l. Si forte, vbi dicitur: Quod si quis non ex castris notus, vt vxor, cognatus, vel aliquis alius, aliquid donauerit, vel legauerit filiofamilias, & habeat ipsum in castrensi peculio, quod tamen non possit castrensi peculio aggregari, & assignat ibi tex. rationem, dicens: Veritatem enim spectamus, an vero castrensis peculii notitia, vel effictio fuit, non quod quis
11 finxerit, & quod ibi per illum text. notat. Bart. ff. de Cast. pecu. Per quem text. ibi not. decidit: Quia † verba enunciatiua contrahentium, tunc contra eos plene probant, cum contrahentes potuissent super hoc principaliter disponere. Sed si nudis verbis non potuissent disponere, tunc dicta verba non probant, illa interuenisse, nisi probentur, per quod ibi Bartol. inter cætera refert in specie: Quod si in instrumento venditionis factæ, à capitulo alicuius Ecclesiæ contineretur, præcedentibus legitimis contractibus &c. quod ista verba, inter easdem personas, non probent: & maxime hoc verum est, quando verba enunciatiua proferuntur super gestis præteritis, non super his, quæ tunc temporis potuissent fieri, *vt not. Bartol.*
12 *in l. Scendum. ff. de verb. obligat. fac. not. in l. si donatione. Cod. de collatio. & in Auth. Vnde si parens. C. de inoffic. test.* Vbi † enim facto opus est, verba non sufficiunt, nec factum probant. *cap. 1. ibi, licet voluntatem præstandi habuerit, de eo qui in possessio. mitti. l. Prætor ait. §. Si quis paratus. ff. de no. ope. nunci.* Nec ver-
13 ba probant redditam rationem. Nam † aliud est reddere, aliud redditam confiteri, vt in simili de dote data, vel confessa. *l. assiduis, & ibi not. Cod. Qui potio. in pig. habe. l. Si quis postbac. Cod. de bo. dam. & hoc patet in cap. 1. de rebus eccle. non alie. lib. 6. & quod ibi not. Pet. de Anchor. in 3. not. vbi refert, & sequitur etiam dicta Bart. in d. l. Si forte.* & quod not. Bartol. in l. A Diuo Pio. §. Sed si emptor. ff. de re iudic. Vbi aliud est recipere, aliud confiteri se recepisse, *vt plenius ipse not. in l. Si quis debitorem. ff. Si quid in fraud. patro.* & prædicta omnia refert & sequitur Pet. de Ancho. in d. Consil. 330. *in 2 colum. in versi. In contrarium multa faciunt,* inferens: Ecce ergo bona iura & exempla, quibus patet, quod non est eiusdem efficaciæ simplex assertio liberationis, in instrumento, cuius fuisset visio vel inspectio actualis Codicis rationum. Imo si minor eum auctoritate curatoris, & decreto Iudicis, sine sufficienti ratione habitæ administrationis &c. faceret generalem renunciationem tutori, & assereret rationem administrationis sibi fuisse redditam, & ita etiam iurauerit, tamen adhuc per ista omnia tutor non liberatur à reddenda ratione administrationis suæ. Ita valde eleganter consuluit Pet. de Ancho. in d. Consil. 200. per plura fundamenta ibi per eum adducta: cum autoritas curatoris & decretum Iudicis, isto casu reddantur nulla, tanquam sine causæ cognitione, & perperam interposita, cum de veritate assertionis tutoris, & minoris, nihil inquisierint, ideo male fecit eis credendo talia, de veritate dictarum assertionum, non inuestigando, & per consequens autoritas, & decretum nullum. l. Magis puto. §. In primis, vbi inter cætera dicitur: Quod prætor non debet tutoribus, vel curatoribus nimium credere, qui nonnunquam lucri sui gratia, asseuerare prætori solent &c. ff. de rebus eo. & sic est ibi text. not. quod Iudex debet diligenter inquirere super factis curatorum, antequam interponat decretum suum. Si enim Iudex solum in alienatione rei immobilis, statim dando fidem assertionibus curatorum, autoritatem suam interposuerit, autoritas, & decretum sunt nullius roboris. *d. l. Magis puto. §. Non passim, & §. Prætori.* Hinc dicit not. Cy. in l. vnic. in 15. qu. C. de confess. Quod confessione tutorum non præiudicent pupillo, ista enim esset via spoliandi minores, si voluntariis tutorum, vel curatorum assertionibus crederetur. d. §. Non passim. dicit etiam ibi tex. Non passim tutorib. sub obtentu etiam alieni permitti debet venditio. Namq; nõ esse viam eis distractionis tributam, & ideo prætori arbitriũ huius rei Senatus dedit, cuius officio in primis cõuenit hoc excutere, an aliunde pecunia possit, ad extenuandũ æs alienum expediri &c. Et bonus tex. licet vulg. in l. Nec quicquam. §. Decretum, vbi dicitur, vbi decretum necessarium est, per libellum id expedire proconsul non potest. Omnia enim quæ causæ cognitionem desiderant, per libellum expediri non possunt. ff de offi. procons. & lega. Quare concluditur autoritatem Iudicis in hoc contractu, vel distractu, perperam interpositam, & sine causæ cognitione adhibitam non valere, vbi ex temporis breuitate non præsumitur causæ cognitio adhibita. Et bene facit etiã in simili, secun. Pet. de Ancho. vbi supra tex. in l. Cum si. §. Si prætor, vbi dicitur: Quod cum † aliquid cõmittitur Iudici, cum causæ cognitione 14
explicandum, si ea prætermissa illud facit, est nullius momenti. ff. de transact. ibi, si prætor aditus citra causæ cognitionem transigi permiserit, trãsactio nullius erit momenti: Prætori enim ea res commissa est, non negligenda, nec donanda. Et est ibi tex. not. in vers. Sed etsi causa. Quod si prætor in transactione super alimentis, non de omnibus inquisierit, licet de aliquibus, quod transactio sit irrita, per quem tex. ibi Fulgo. multum inuehit, contra Prætores & Iudices, qui interponunt decretum, causa non cognita. Et prædicta etiam habent locum quando interuenit Iuramentum, *secundum Paul. de Cast. & Pet. de Anchor. vbi supra.*

Cum autem in præsentiarum nullum interuenerit Iuramentum, non est de hac latius hic insistendum.

Præterea generalis refutatio seu liberatio legitime facta tutori, vel curatori, & ita quãdo interueniunt omnia quæ à Iure requiruntur, tantum valet in his, de quibus fuit cogitatum, sed in his quæ clam facta sunt, non valeret. *d. l. Tres fratres. l. Emptor. §. Lucius. ff. de pact. l. Qui cum tutoribus. §. Qui per fallaciam ita. ff. de transf. & in terminis consuluit Bal. in Cons. 347. incip. Titius gessit tutelam Sempronij, in fin. versi. Circa tertium dicendum. in 4. parte.* Imo etiam minor expresse non posset talia, cum sit donatio, quæ non est permissa minori etiam cum decreto Iudicis. *l. fin. C. quando decret. op. non est. l. Cum plures. §. fin. ff. de admi. tuto. d. l. 1. §. 1. ff de tuto. & rat. dist.* Ex quibus omnibus iam plusquam euidenter infertur, & concluditur, quod si prædicta verba, in prætensa prima diuisione posita, scilicet, Es auch vnsere freundliche liebe Mutter/ rc. probarent, sicuti tamen minime probant, cum sint verba, vt ex serie eorum patet, mere enunciatiua, siue narratiua, principaliter propter aliud prolata, scilicet vt ipsa domina A. consequeretur liberationem, siue quietationẽ, à sua suspectissima administratione. Ideo quantum ad præiudiciũ vxoris præfati D. M. K. vt tertiæ personæ, non inducunt dispositionem, nec aliquid operantur, vt scilicet probent aliquam interuenisse redditionem administrationis suæ, † cum regu- 15
lariter verba enunciatiua principaliter propter aliud prolata, non inducant dispositionem, nec aliquid operentur. l. ex his verbis. C. de testament. milit. cap. Si Papa, de priuileg. in 6. Nam est ibi text. vt clare ex verb. prolatis apparet, quod verba narratiua in aliqua dispositione prolata, non principaliter propter se, non inducunt probationem narratorum, etiamsi talia concedere deprehenderet à potestate narrantis, quod ideo est, quia natura narratorum est, quod ipsa probentur, nõ autem quod probent, *secun. Io. Mon. in d. c. Si Papa, & ibi Dom.*

& etiam Phil. Franc. in 2. nota. &c. Quod prænominata domina A. fecisset rationem suæ administrationis S. filio suo, tutori &c. Quod tamen huiusmodi redditio rationis, tanquam contra Ius facta haberetur pro nulla, & per consequens liberatio inde secuta, nullius roboris, & momenti esset, vel esse posset, cum, vt supra adductum est, ipsi vt tutrici, administratio non fuerit decreta, nec ipsa Inuentarium, nec Codicem rationum confecerit, quare etiam huiusmodi librum, siue Codicem rationum, tempore redditionis rationis, ipsi S. A. & aliis, neq; filiæ suæ, vxori præfati D. doctoris, tradere potuit, nec ex prætensa scriptura, in præalle. ver. vna syllaba reperiri potest, quod fecerit rationem suæ administrationis, secundum modum, & formam, à Iure præscriptam, per quæ omnia iam inconuincibiliter infertur, quod non obstantib. omnib. adductis, pro parte dom. A. & M. dato, quod interuenisset autoritas cu[r]atorum, vel tutorum vxoris D. doctoris, & etiam decretum Iudicis, & sic Illustrissimi principis, Ducis Henrici &c. cum nulla penitus præcesserit causæ cognitio, nec alia interuenerint, quæ à Iure in huiusmodi actibus, auctoritatem sc. tutoris, & interpositionis decreti iudicis, de quibus paulo ante dictum est, requiruntur: Ob quarum scilicet defectum huiusmodi autoritas, decretum, & liberatio, sunt nulla, quod ipsa domina A. teneatur adhuc claram reddere rationem administrationis suæ: Et quod, cum præsumatur, salua pace sua, multis ex causis in dolo præsumpto, ob sc. non confectum inuentarium &c. quod domina N. vxor præfati Doctoris, admittenda sit, vt contra eam in litem iurare possit, & secundũ quod iurauerit, præcedente tamen Iudicis taxatione, condemnanda sit, potissimum etiam cum notorium sit in hac vrbe Frib. ipsam dominam A. tempore administrationis suæ, multa millia florenorum, ex fodinis argentariis percepisse: de quibus verbo etiam non significauit, in quem vsum, vel cuius vtilitatẽ, tanta summa conuersa fuerit &c. Et licet probatum sit, quietationem, siue renunciationẽ fore, & esse nullam, tamen propter omnem dubitationem tollendam in libello, non dum peti potest, vt declaretur nulla, sed etiam ad cautelam posset in eodem libello peti, vt si esset aliqua, quod vxor D. doctoris tanquam Iuris præsumptione, ex ea enormissime læsa, per restitutionem in integrum, cum adhuc sit minor, vel saltem infra tempus petendæ restitutionis in integrum officio Iudicis restituatur: Possunt enim istæ duæ viæ sic disiunctiue in libello cumulari. c. Constitutus, in fine, ibi, nullam nunciate curetis, si in ea debita Iuris solennitas est omissa, vel si forsitan interuenerit, & eos læsos esse cõstiterit, tam super ea, quam super residua portione, autoritate nostra in integrum restituere studeatis, de restit. in integr. Et sic ibi fuit intentatus libellus alternatiuus, & admissus. Nam petebant ibi fratres, venditionem pronunciari nullam, vel se restitui, in casu quo venditio teneretur. Nec obstat reg. quæ habet, quod remedium extraordinarium, non concurrit cum ordinario. *l. In causæ. ff.*
16 *de minori.* Nam † procedit vbi certum est de remedio ordinario, tamen vbi probabiliter dubitari potest, vtrumq; remedium disiunctiue, siue sub conditione intentari potest. *d. c. Constitutus, secun. Inno. & Panorm. ibi valde not in 3 colu. per text. in l. 1. ff. Quorum legatorum.* Et pulchre Panorm. *in c. Cum olim, la 2. in 3. colum. per text. ibi, in 1. not. & per d. c. Constitutus, de priuil.* quod scilicet procedat libellus, vt petatur, quod sententia declaretur nulla, vel si sit aliqua, restituatur in integrum. *Idem tenet Ioan. Fab. & Ang in §. Sed ista, ff. de act.* & bene facit quod not. consuluit Spec. in tit. de libelli oblatio. §. Sequitur, ver. Quid si libellus: vbi tenet valere talem libellum alternatiuum: Petorem, vel eius æstimationem, quia poterat cadere probabile dubium, an res esset petenda, an vero æstimatio: quando non apparebat an res extaret, vel non, *iuxta l. si seruum. §. Sequitur. ff. de verb. obligat. & reputat notatu dignum Bald. in l. Sancimus. C. de sacrosanct. Eccles. Alexand. de Imol. in l. Gallus §. Si eum. ff. de liber. & posthum. Prædicta etiam refert & sequitur Dom. Ias. in l. vbi autem. §. Qui illud aut illud, in vlt. colum. versic. Ego licet aliter, vsque ad fin. ff. de verb. obligat.* Ex quibus Iuribus, & rationibus, iam finaliter concludo, quod nedum domina A. sed etiam S. & N. A. rationem suæ administrationis reddere teneantur, & quod ambæ diuisiones, tanquam ex falsa causa secutæ, non obstante approbatione Ducis Henrici, sint nullæ: Et tanto fortius, cum isti duo conuincantur, quasi in manifesto dolo, cum nedum nõ confecerint Inuentarium, nec libros rationum, sed etiam contra aperta iura, recusent reddere rationem administrationis suæ. Imo S. tenetur de duplici redditione rationis, scilicet societatis siue communionis, & tutelæ, &c.

THEMA CONSILII X.

Qualiter Minor propter enormem læsionem contra diuisionem, in minori ætate factam, possit petere restitutionem in integrum.

SVMMARIA.

1 *Æqualitas in diuisione seruanda.*
2 *Minor aduersus delationem Iuramenti restituitur.*
3 *Restitutio in integrum incidenter excipiendo vel replicando, peti potest.*

CONSILIVM X.

CHristi Iesu Domini nostri auxilio suppliciter implorato. Diligenter ponderato præsenti casu, quo quæritur, vtrum D. A. contra diuisionem in pupillari ætate inter matrem & fratres factam, per quam 5. millia flore. contra statutum huius oppidi obligarunt, & ipsa alias ratione bonorum sibi obuentorum enormiter læsa est, &c. possit in integrum restitutionem petere: Breuiter respondetur, quod sic &c. non obstante quod interuenerit autoritas curatorum, & decretum Illustris. Principis, scilicet Ducis Saxoniæ H. super huiusmodi diuisionibus, patet per rationes, & iura adducta in primo Consilio super articulo principali, in hac culpa facto, cum nulla penitus hic interuenerit causæ cognitio, &c. Ergo, &c. Item ex quo non expresse conuentum est, tempore contractus sponsalitii, & dotalitii, quod dos quinq; millium floren. soluto matrimonio, debeat esse præcipua D. A. vxoris quondam S. A. remansit iste casus in dispositione Iuris municipalis vrbis F. disponentis, quod talis dos pertineat pleno iure ad maritum, &c. nisi quod in prætenso casu fuerit conuentum, ne maritus alienaret summam capitalem ex supra adducta causa. Et sic ista conuentio non potest extendi vltra id, quod in ea expressum vel conuentum fuit. *l. Quicquid astringenda, cum ibi not. ff. de verb. obligat. & bene facit l. Veteribus, ibi in gloss. alleg. ff. de pac.* Quia imputandum erat socero Stephani A. cur legem apertius non expresserit, &c. Et quod Dominæ Apolloniæ non fuerit delata tertia pars hæreditatis mariti sui ab intestato virtute statuti F. claret, cum ipse decesserit testatus, & non intestatus, cum causa testati faciat cessare causam intestati. *l. Nec n. §. Quamdiu, la 2. cum concord. in gloss. ibi in fin. adductis ff. de acquiren. hæred.* Item posito quod in instrumento dotalitio expresse comprehensum esset, quod dos prædicta soluto matrimonio deberet redire

ad do-

sed dominam Apoll. sicut iure communi dispositum est, tamen nullo modo potuisset succedere in tertia parte hæreditatis mariti, virtute statuti F. cum institueret eam in suo testamento vna cum liberis in virilem tantum, sicut etiam potuit virtute alterius statuti: ex quo clare colligitur mens siue volūtas testatoris, quod voluerit, quod isto casu potissimum vxor sua non deberet succedere in tertia, cum nimium grauarentur liberi eius, vt apparet, potissimum etiam cum vxor de Iure communi non succedat marito extantibus agnatis, vel consanguineis eius. *l. 1. C. Vnde vir & vxor.* Cum etiā, quando non appareat de verbis, attendēda sit voluntas testatoris, quæ præfertur verbis, & semper est attendenda. *leg. 3. Cod. de lib. præt. vel exhære. l. In conditionibus primum locum. ff. de condi. & demonstra. l. Cum virum, cum similib. Cod. de fideicom.* Quanto magis prædicta procedunt in præsentiarum, cum appareat de expressa institutione vxoris Stephani A. tantum in virili. Et quod filia eius, vxor domini Doctoris, ratione supra enumeratarum læsionum, tanquam minor, sit saltem in integrum restituenda aduersus huiusmodi diuisiones, est sine omni dubio, licet istæ læsiones non sint vltra dimidium, sed sufficit quod sint magnæ, vel graues, vel enormes, id est, non modicæ, quæ sufficiunt in minoribus. l. Si maior. C. Communi diuid. l. 1. cum ibi not. C. Si aduersus trans. vbi habetur, quod etiam impetrata restitutione, potest agi pristina actione, scilicet vt diuisio fiat de-
1 nuo: Et † quod æqualitas sit in diuisione per omnia seruanda, est text. ad litt. in d. l. Si maior. & ibi pulchre Bald. in princip. vbi etiam refert Beatum Augus. de ciuitate Dei, quod debeat optio breuium vel sortis felicitate contingere, non prærogatiua personæ. *l. 2. Cod. Quando & quib. quart. par. debe. lib. 10.* Maxime prædicta procedunt in præsentiarum, vbi sæpe nominata vxor domini Doctoris minor, non fecerit diuisionem nec facere potuit: cum
2 etiamsi minor detulerit alteri iusiurandum; † tamen contra huiusmodi delationem, si probet se minorem & læsum, restituitur in integrum. *l. Nam & postea. §. Si minor. ff. de Iureiur.* Et sic concurrunt in præsenti casu omnia requisita ad hoc, vt minor possit restitui aduersus quemcunque contractum. Nam requiritur & sufficit quod sit minor, & quod sit læsus. *dict. §. Si minor. & l. Minoribus, la 2. & l. fin. Cod. de in integr. restit. min.* Item & quod sit læsus sui facilitate, vel dolo, vel culpa aduersarii. *l. Verum. §. Sciendum, & §. sequ. ff. de minorib. & Legistæ in præalleg locis.* Sed prædicta domina tempore diuisionis fuit minor, & enormiter læsa, & nedum sui facilitate, sed etiam aduersariorum dolo saltem præsumpto, Ergo, &c. Et minor, vel huiusmodi restitutionem potest petere vel principaliter. *cap. fin. alias 2. vbi est text. not. de hoc primo respon. de offic. iud. l. Quod si mi-*
3 *nor. §. Restitutio. ff. de minor.* vel † incidenter, scilicet per viam exceptionis, vel replicationis. d. cap. 1. in 2. respon. & d. l. Nam & postea. §. Si minor, vbi est casus, quod si minor, qui detulit aduersario suo Iuramentum, agat prima actione contra eundem aduersarium, & aduersarius excipiat de iuramento, quod minor poterit replicare, quod non debeat sibi nocere, cum tempore, quo detulerit, erat minor, & quod ex dilatione fuerit læsus, &c. Et sic isto casu poterit petere restitutionem in integrum incidenter, scilicet per viam replicationis. Et hoc procedit quando prima actio non erat ipso iure sublata, sicut in d. §. Si minor, prima actio non erat ipso Iure sublata: cum solum obligatio naturalis fuerit sublata, & remansit ciuilis. Ita in proposito, si contra dominum Doctorem agentem contra socerum, eius fratrem, vel patrem vxoris suæ, pro reddenda ratione administrationis, &c. vel actione Famil. hercisc. vt scilicet res hæreditariæ paternæ diuidantur, excipiatur de quietantia, renunciatione & diuisione, &c. quod poterit replicare, quod vxor sua tunc temporis fuerit Minor, & læsa, nedum sui facilitate, sed etiam dolo saltem præsumpto aduersariorum, petendo se contra huiusmodi diuisionem, si saltem aliqua fuerit, in integrum restitui, quia primæ actiones non fuerunt ipso iure sublatæ, cum nulla interuenerit liberatio per acceptilationem, nec aliquæ res ab aduersariis præscriptione sunt acquisitæ. Ergo, &c. Licet secus sit, quando prima actio sit ipso Iure sublata, vt quia quis liberauit debitorem suum per acceptilationem, &c. Nam tunc non potest agi prima actione, sed debet peti prius se restitui: qua restitutione concessa, nascitur noua actio, quæ dicitur rescissoria, & est vtilis quæ primo erat directa, *de qua loquitur lex in Honorariis. §. Sed cum rescissa. ff. de actio. & obligat. secun. Bald. Angel. & Alexand. de Imol. & etiam secundum D. Ias. in dict. §. Si minor, &c.*

THEMA CONSILII XI.

Quando a domino Feudum nondum apertum in casum mortis vasalli possessoris, duobus est concessum, ille præfertur, cui feudi possessio a domino est tradita.

SVMMARIA.

1 *Exceptio tibi non competit, actio est peremptoria priuilegiata, quæ potest opponi, ante litis contestationem, ad impediendum litis ingressum.*
2 *Dominus non potest retractare inuestituram, sed simpliciter tenetur vasallo tradere possessionem, nec liberatur præstando interesse.*
3 *Consuetudo optima legum interpres.*
4 *Feudum est merum beneficium.*
5 *Vna familia potest inducere consuetudinem, circa testamenti solennitatem, vel successionem.*
6 *Alleganti consuetudinem, incumbit onus probandi.*
7 *Si aliquid de Iure non valet, & tamen principes faciant obseruare de facto, est perinde apud subditos, ac si valeret de Iure.*

CONSILIVM XI.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Duo nobiles contendunt de feudo, vterque allegat, se ab Illustrissimo Principe N. inuestitum; Igitur vnus agit contra alium feudum possidentem, vt resignet sibi feudum, vel precium soluat, eo quod primo sit inuestitus. Quæritur, quid respondere debeat possessor feudi, ad actionem propositam: Et concluditur, quod debeat contestari litem negatiue; Et post litem contestatam peremptorie excipere, agenti contra se nullam actionem competere, maxime autem illum vigore consuetudinis, nec contra se, nec contra principem concedentem, agere posse, cum eius pater, cui gratia de feudo facta, allegetur, prius sit mortuus, quam feudum aperiretur, per mortem vasalli possessoris; ideo sibi nullum ius ad feudum competere, &c.

Et quod prædicta omnia sint Iuri consona, breuiter ex sequentibus patet; Et primo † indubitatum est, quod 1
exceptio tibi non competit, actio est peremptoria, cum tangat negocium principale, & opponitur ad merita causæ: Ideo de eius natura est, vt post litis contestationem opponatur. *cap. 1. de litis contesta. in 6.* Licet sit vna ex perem-

peremptoriis priuilegiatis, quæ etiam possit opponi ad impediendum processum, ante litis contestationem. *Ita pulchre declarat Bart. in d. l. Cum quærebatur, in princ. versic. vltimo aduerte. ff. Iudic. sol. in l. Nam & postea, in prin. versi. Dico etiam vltra, quod omnis exceptio. ff. de iureiurand.* quod Bar. in d. l. dicit verum, quando ista exception non requirat altiorem indagationem.

Præterea † licet dominus Feudi, inuestituram feudi,
2 per se factam retractare non possit, nec liberetur, volendo præstare interesse, sed præcise teneatur ad tradendum possessionem ipsius feudi. *cap. Si facta, in tit. Si de feudo fue. contro. inter dom. & agna. vas.* tamen si dominus inuestierit primo vnum sine possessione, & postea inuestient alium de eodem feudo, cum traditione possessionis, iste secundo inuestitus, cui est tradita etiam possessio, præfertur primo inuestito, sine tameo traditione possessionis, vel immissione in eam, licet primo inuestitus agat ad interesse, contra dominum. Ita vult gloss. in dict. cap. Si facta. per text. in leg. 1. ff. de actio. empt. &c. & ita expresse in d. c. Si facta, concludit Bald. Aluar. & dd. per text. in l. Quotians. C. de rei vendic. volentes quod d. l. decidens, quod si dominus vendat rem primo vni, & postea alteri, & secundo emptori tradident possessionem, quod secundus emptor posterior in titulo præferatur primo, habeat etiam locum in feudis. & idem Bald. in cap. 2. de noua forma fideli. & assignat rationem ibi, quia per solam inuestituram, non habet vasallus ius in re, sed solum secuta traditione, prout in aliis contractibus, *per d. leg. Quotiens.* Et sic in proposito est sine omni dubio, quod Rei possint Actorum intentionem perimere exceptione ista, scilicet quod eis fuerit tradita possessio, & Actorib. nunquam, & sic exceptione vobis non competit actio, *per d. l. Quotiens*, ab agendo repellere. Et ita exceptio est efficax, etiamsi Actores probarent donationem remuneratoriam, quam tamen non probabunt ex literis inuestituræ, & ita etiam contractum onerosum, & sic Rei, quantum ad Actores, habent liberas ædes, &c.

Insuper quod in præsenti casu, etiam Illustrissimus Princeps N. &c. non teneatur Actoribus ad interesse, etiam patet: Quia prædicta consuetudo, siue vsus, interpretatur Ducum N. lata, volentia quod dominus feudi, inuestiendo alium, & filios suos de feudo nondum aperto, in euentum, quod ei aperiatur per mortem vasalli sine hæredibus, &c. teneatur eis tradere etiam possessionem huiusmodi Feudi, inuestito, vel eius filiis, quod solum habeat locum, si pater inuestitus vixarit tempore mortis vasalli, & possessoris, & sic tempore, quo feudum
3 apertum reperitur, & antea non decesserit; † Cum consuetudo sit optima legum interpres. l. Si de interpretatione. ff. de leg. c. Cum dilectus, de consue. vbi est nota. tex. licet vulg. per quæ dicit ibi Panormit. in penult. notab. Quod consuetudo est legum interpretatrix optima, & quod lege existente dubia debeamus recurrere ad consuetudinem loci, & si de ea apparet, non est recadendum ab intellectu, quem consuetudo tribuit, etiamsi ex post facto appareat, quod ille intellectus in se non sit bonus. Nam dicit illud valere saltem iure consuetudinis, & sic consuetudo habet vim interpretatiuam. Quare iura disponentia, quod si dominus laicus inuestierit aliquem, pro se, & suis hæredibus, de feudo, per alium vasallum possesso, in tempus scilicet quo ei apertum fuerit feudū, quod nō referat an dies inuestituræ cedat, viuo vel mortuo inuestiente, vel viuo inuestito, vel eo mortuo, qui à morte inuestientis primus successor eius tenetur ad traditionem. Item mortuo inuestito, inuestiens vel successor, tenetur ad tradendum possessionem feudi hæredi inuestiti mortui, antequam dies inuestituræ cesserit. *ca. Moribus in princ. in tit. Si de feud. fuerit contro. inter do. &c. c. 1. in tit. hic finit. tit. qui success. tene.* interpretatur prædicta consuetudo, siue vsus, in aulis Illustrissimorum Ducum, solum habere locum, quando tempore mortis possessoris superuixerit inuestitus, & si antea decesserit, quod talis inuestitura non transeat ad eius hæredes. Et quod dicta consuetudo Electoralis, & Ducalis domus N. sit rationalis, patet. cum quilibet in re sua sit arbiter, & moderator. *L. in re mandata. Cod. mandati.* ideo etiam optimo iure induci potuit vsus in præfata domo Electoria, quod inuestitura facta alteri, pro se, & suis filiis, siue hæredibus masculis, ex corpore suo descendentibus, de Feudo per vasallum possesso, in euentum, quo ipsum reuerteretur ad dominum feudi, post obitum Vasalli, solum sortitur affectum, si pater inuestitus superuiuat Vasallum possessorē huiusmodi, & quod euanescat eo prius mortuo, potissimum † cum feudum 4
sit merum beneficium, *cap. 1. versic. Beneficium. in tit. in quibus caus. feud. amit.* Et ergo est meræ liberalitatis, quando principes & domini concedunt alicui gratiose feudum, inuestiendo scilicet quē de feudo, iam aperto, vel in diem quo aperietur: & fortificatur hoc. Nam † vna proge- 5
nies, parentela, vel familia, per se potest inducere consuetudinem, vel statutum, circa solennitatem testamenti, vel quod in tali familia certo modo, etiam contra ius commune, succedatur, scilicet quod extantibus filiis masculis, filiæ fœminæ dotatæ, non succedant patri ab intestato *Ista est notab. & singula. decisio Ioan. Andr. post Uber. de Bob. in additione Specula. in tit. de instru. edit. §. Compendiose. versic. Sed numquid dicemus, in addit. parua, incip. interposuit hoc vlterius verbum progenies. Refert & sequitur Ang. & Ioan. de Imo. in l. 3. ff. de test. subiungentes, quod illud dictum alibi non reperiatur. refert, & sequitur D. Ias. in repetitione l. Omnes populi. in fin. 9. colum. versi. An autem vna progenies, cum prin. ip. sequ. in antiq. impress. ff. de iust. & iu.*

Et hoc nullum habet dubium, quando talis familia habet iurisdictionem. & dicit D. Iason, quod ita alias consuluerit in oppido Germag. in familia illorum de Sicis, qui habent inter se consuetudinem, quod fœminæ non succedant. Quare Illustrissimi, & potentissimi Principes, Duces Saxoniæ, &c. habentes Ducatus, & alios principatus, merum & mixtum Imperium, & Regalia, in toto & amplissimo eorum territorio, optimo iure potuerunt inducere sæpe allegatam consuetudinem, in bonis feudalibus eorundem, † licet alleganti consuetudinem, cum sit etiam facti, regulariter incumbat onus probandi eam. 6
d. cap. cum dilectus, & l. 1. Cod. Quæ sit longa consuet. Tamen hoc fallit, si consuetudo esset publica, & notoria, in illo loco, quo quidem casu not. inquit Bald. in l. si quis non dicam rapere, *mihi in princip. 3. colu. versi. Dico quod in consuetud.* C. de Episco. & cleri. Quod iudex ita debet seruare consuetudinem, sicut statutum, & debet huiusmodi notorietas, vsus in prædictis aulis proponi, licet enim notorium releuet ab onere probandi, non tamen releuat ab onere proponendi, *secundum gloss. approbatam, in Clem. appellanti, in versic. Alias causas, de appellat.* Et prædicta sunt sine dubio vera, stante scilicet præallegato vsu. Et pro confirmatione illorum, adducitur regula nota. quam tradit Albar. de Rosa. in l. Cunctos populos, in vltim. col. C. de sum. tri. & fid. cathol. vbi determinant, † quod
si aliquid de iure non valet, tamen principes faciunt seruari de facto, est perinde quo ad subditos, ac si valeret, de iure decidens per hoc in specie, quod stante statuto loci, debitores vel fideiussores conuenti ad vsuras, non possint opponere exceptionem, quod non debeantur vsuræ. Nam quamuis istud statutum de iure non valeat, 7

tamen

tamen si fideiussor conuentus vigore istius statuti, coactus sit soluere vsuras, & postea eas repetat à debitore, quod non poterit debitor ei opponere, quod male fecerit soluendo vsuras, cum eas de iure soluere non tenebatur, quia postquam de facto seruatur statutum, est perinde, ac si fideiussor fuisset de iure exactus. Hanc Reg. refert & sequitur D. Iason, in l. vbi pactum, *in vltim. col. versi. In materia ista nota.* Subiungens: Signa istam Reg. quia seruiet ad infinita. C. de transact.

THEMA CONSILII XII.

De iniustitia super violatione pacis latæ. Et qualiter violatio pacis, sine dolo vero & præsumpto non committatur.

SVMMARIA.

1 *Proponens factum qualificatum debet probare nedum factum, sed etiam qualitates propositas.*
2 *Proponens accusationem super vi expulsiua, quam dicit factam cum armis, & non probans illam qualitatem, succumbit.*
3 *Sententia debet esse conformis petitioni.*
4 *Sententia notorie falsa per relationem ad acta, est ipso iure nulla.*
5 *Voluntas & propositum distinguunt maleficia.*
6 *In casibus, vbi lex expressum dolum requirit, quaeuis causa etiam iniusta excusat.*
7 *Omnis credulitas vtcunque fatua, excusat à pœna doli.*
8 *Cum quis iniuste detinetur in carcere, semper potest resisti, & ita factum ex interuallo post capturam, dicitur factum pro defensione.*
9 *Vbi nulla pœna est expressa, à lege pro delicto, venit quis puniendus extra ordinem, id est, iudicis arbitrio.*
10 *Iudex in delictis inclinare debet in mitiorem pœnam.*
11 *Iudex in arbitrariis immodice grauans partem, punitur.*
12 *Vbi aliquid committitur in liberam alicuius voluntatem, dolus intelligitur exclusus.*
13 *Iudex in arbitriis non debet esse nimis fauorabilis alteri parti.*
14 *Excedens modum defensionis, debet saltem de excessu puniri.*
15 *Quod sententia continens iniquitatem manifestam per relationem ad acta sit nulla, maxime quando appellari non potest.*

CONSILIVM XII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Licet ex actis actitatis, depositionibus, testium productione, priuilegiorum Iuribus, rationibus & allegationibus factis & adductis pro parte insignis Consulatus A. satis luculenter & sufficienter ostensum sit; Quod à Dominis Iudice Cameræ & Assessorib. eiusdem nulliter, vel saltem iniuste siue inique sententionatum sit, declarando scilicet, & pronunciando insignem consulatum ciuitatis A. in pœnam 50. lib. auri fisco, & generoso Comiti N. applicandam incidisse, &c. & præsertim hoc patet ex fundamentis pro consulatu à Domino Consulente in sua instructione apte & congrue ad propositum citatis: Ita quod non esset opus hoc latius ostendere. Tamen vt satis fiat desiderio præfati magnifici Consulatus, & etiam ob amorem patriæ, adducentur sequentia, omissis omnibus superfluis disputationibus, pro confirmatione, scilicet fortificatione huiusmodi nullitatis, vel saltem iniustitiæ prætensæ sententiæ, in secunda eius dispositione.

Et primo, nam vt ex serie & tenore totius libelli prætensi maioris, scilicet præmissæ illis verbis: Daß wiewol in gemeinen Keyserlichen Rechten/vnd insonderheit in deß heyligen Reichs außgekündigten Landfriedens/ꝛc. Minoris in illis, Als gemeinen Keyserlichen Rechten/vnd obgemelten deß heyligen Reichs Landfriedens zuwider/vnd damit vnd dadurch in die Peen deß Rechten/vnd deß Landtfriedens thätlich gefallen. Et similiter conclusionis, in illis verbis iunctis præcedentibus, zuerkennen vnd zuerkennē/ Daß gemelter Rath der Statt N. durch obengedachte eygen gewaltige Handtlung in deß heyligen Reichs Acht/ vnd auch andere Peenen deß Rechten vnd Landfriedens/ vnd andere desselben Constitution vnd Satzungen gefallen sey/ ꝛc. Quod fortificatur etiam ex titulo prædicti libelli, ita sonantis. Petitio summaria: Graue N. contra Meister vnd Rath der Statt N. in puncto fractæ pacis euidenter patet, ꝙ nomine Comitis de N. principaliter, ad pœnam fractæ siue ruptæ pacis Cæsareæ actum sit, quā quidem pœnam assertæ fractæ pacis procurator Comitis (vt acta docent) per totū processum, licet frustra, prosequitur, & sic claret, quod in prætenso accusatorio libello non simplex violentia, sed qualificata ruptæ sc. pacis Cæsareæ, & ad pœnas illius violentiæ fractæ pacis in Iure cōmuni. Vnd in außgekündigtem Keyserlichen Landfrieden/ & in aliis constitutionibus contentis contra prætactum insignem consulatum &c. actum sit, & super illo libello lis nomine consulatus negatiue contestata sit. Et ex parte Comitis non sit vna syllaba doctum, siue probatum, quod vt plus quam satis ex actis, & potissimū à domino Consulente demonstratum est, Consulatus per facta sua fregerit seu ruperit, propter defectum sc. omnis doli; cōmunem & publicam Cæsaream pacem, infertur conclusiue & necessario, posito etiam minime tamen cōcesso, quod ex parte Comitis de alia violentia, vel saltem de eiusdem excessu vltra moderamen inculpatæ tutelæ probatum fuisset; quod tamen adhuc consistorium Cameræ non potuisset ipsum condemnasse pro tali violentia, vel excessu in aliquo. Sed nihilominus debuisset ipsum in totum ab huiusmodi accusatione, siue repetitione qualificata absoluisse &c. Quare sequitur demonstratiue prætensam sententiā in secunda eius parte fuisse, fore, & esse nullam, vel saltem iniquam, siue iniustam, & per consequens consistorium Cameræ præfato consulatui teneri de Syndicatu. † Expediti enim iuris est, quod 1
quando deducitur, vel requiritur actus, vel factum qualificatū, quod non sufficit probare factum sine illa qualitate. *l. Prætor ait, la 2. §. Docere, ibi, cæterum si alibi datum sit, quam in turba cessabit hæc actio. ff. de vi bo. rap. & l. Fulcinius. §. Cum autem, iun. glo. nota. ibi in verb. Debet fraudationis, in prin ff. Ex quib. caus. in poss. ea.* & summat ibi Bart. d. §. Cum hoc secundo, hoc modo: Quod quando lex requirit actum, cum aliqua qualitate, ne qualitas sine actu &c. Præterea diuersæ qualitates requirunt duo Iudicia: Verbi gratia, esse in dolo, & esse in culpa, sunt duæ qualitates, ideo intentans dolum & probans culpam, siue leuem, siue latam, debet succumbere & absolui reus, cum non sit ex hoc capite actum. *l. illud, in pr. iun. gl. no. ibi. ff. de lib. caus.* Insuper sicut se habet actio in ciuili, ita accusatio in criminali. *l. Libellorum. & l. Senatus. ff de accusationibus.* Ideo si quis intentet vnam actionem, & probat in alia, nihil agit, quia super non intentato non valent probationes, *per not. in leg. Bebius. ff. de exact. tot. in fi.* Item non posset formari sententia conformiter libello, quia forma libelli attenditur penes conclusionem secundum Theor. Innocen. cōmuniter approbata. Et per illum tex. in d. §. Cum autem Bartol. ibi in princip. & in l. Diuus. 1. *colum. versicul. Sed aduerte, differentia est.* ff. de Re iudicata. dicit, & sequitur ibi Angel. Ioannes de Imol. Rapha. Dominus Iason. & communiter Doctores. ff. de Re iudicata, quod si quis dicat se superatum ex dictis & falsarum attesta-

attestatiooom testibus corruptis; & sic limitat dictum suum, quod testes dixerint falsum corrupti; Quod ooo sufficit probare corruptelam sine falsitate, nec falsitatem sine corruptela, & est ratio secundum Bartolum, ibi, quia astrinxit se loquendo limitate, dicens: hic est casus tenendus menti.

Idem probatur in d.l. Fulcinius. §. Quod si autem, vbi dicitur, quod oon sufficit quem latitare, nisi causa fraudationis fiat, & requiritur, quod fraus adhibeatur ad hoc vt creditores fraudentur, & ibi etiam Bartol. expresse post principium per illum textum idem tenet, & in fortioribus terminis, in hæc verba prorumpens: Ea hoc dico, si aliquis dicit se oppressum falsis attestationibus, quia corruptus pecunia, & ille probat testes falsum dixisse, & esse corruptos, sed non probat eos esse corruptos, & contra eum dicaot, certe non sufficit. Casus est hic, quod tene meoti. Idem probatur per text. in c. Licet causam, ibi se astrinxit; vbi deciditur, secundum verum intellectum, secundum Panormitan. ibi in 9. nota. quod propouens duo, quorum vnum venit qualificatiue ad reliquum, ita quod est vnum dictum qualificatum videtur se in dubio astringere ad vtrunque probandum, nec sufficit alterum probare, licet illud per se alias sufficiat. *De probat. allegans etiam ad hoc Bart. in dict. leg. Diuus.* hi ac etiam in specie dicitu. Ioan. And. & Innocen. in ca. Conquestus, de foro compet. quod fundans se in libello super certa qualitate, si eam non probet, succumbit, quia si illa non probatur, non videtur illud factum in Iudicium deductum, *& not. in c. Cum sit, eodem tit.* quare Cyo in l. 2. post Iacob. de Aret. ibi. C. de approbation. nota. decidit,
a † quod si fuit inquisitio vel accusatio de insultu cum armis, vel de percussione cũ sanguinis effusiooe, si postea prubetur insultus, sed non cum armis, vel percussio sine sanguinis effusione, quod reus sit absoluendus, quia non videtur hoc factum probatum fuisse in Iudicium deductum, deficiente qualitate. Refert & sequitur Panormitan. *in dict. cap. Conquestus, in versi. Secundo colligitur, mihi in fin. 2. col. cum princip. sequ.* subiungens: & nota bene hæc duo dicta. Idem Bartol. in l. Denunciasse. §. Quid tamen, post prioc. ff. ad l. Iuliam, de adult. vbi format eandam quæstionem, & decidit inter cætera, quod quando illa qualitas, quæ non probatur, facit cessare propositam actionem seu accusationem, debeat sequi absolutio. *d. leg. Prator ait. §. Deinde.* Et sic vult ibi expresse Bartol. & bene, quod quando quis accũsauit quem de vi expulsiua cum manu armata, & sic per l. Iuliam, de vi publica, & probauerit violentiam, non tamen qualificatam cum armis, quod debeat sequi absolutio. Idem tenet Salyc. io l. 2. *ad fin. 2. colum. versi. Ex prædictis gloss. cum princip. sequ.* C. ad l. Iuliam. de vi publica. adducens pro hac rationem, quia pœna violentiæ priuatæ non est in Iudicium deducta. *Et sequitur etiam D. Ias. in l. penult. §. in eum, in 2. colum. versi. Adde ad istam Regulam, in antiq. impress. ff. Ne quis eum qui in ius vocat. est, vt ex.* Item, quando aliquid prohibetur à lege, cum aliqua qualitate, debet vtrunque probari, scilicet illud, & qualitas eius. *l. 1. ait prætor. ff. Ne quid in loco publ.* Hinc eleganter dicit Ioan. Andr. in cap. 1. de homicid. in 6. qood euaserit queodam prælatum à pœna illius c. vbi puniuntur illi qui fecerunt aliquem Christianum occidi per assassinos. Nam fuerat probatum, quod prælatus quidam fecerat occidi homines per assassinos, tamen non erat probatum, quod erant homines Christiani; Ideo ipsum à pœoa d. crim. euaserit, quia debent in Articulis & probationibus ad vnguem verba legis vel statuta seruari. *Allegat. nota. in c. Prælatus, eodem tit. de homicid. in 6. & quod not. in c. 1. §. Grano, in gloss. 1. de statu regu. in 6. & est de mente Bartol. in dict. leg. 1. §. Ait prætor, vt patet. Refert & sequitur Alex. de Imol. in Consil. 1. incipienti: Viso processu inquisitionis formata contra Antonium Francisci, mihi in 6. column. versicul. Hoc probo per id, quod notat. dixit Ioan. Andr. & Consil. 82. incipien. Viso processu causæ vertentis inter Vniuersitatem Basileriorum, mihi in 4. col. vers. Sed ad hoc statutum, in 3. volu.*

Et prædicta omoia procedunt in proposito onstro sine dubio, quia cum pro parta consulatus in actis, & præcipue à D. Consulente ineuitabiliter ostensum sit, quod consulatus in nullo penitus dolo fuerit, vt tamen in libello licet nulliter deductum est, vt patet etiam in verbo Freuelich vberzogen/ & potissimum etiam ex coochusione libelli, in vers. Demnach ist an E. G. vnnd deren löblichen Beysitzer/ꝛc. Et sequitur, Zu erlernen vñ zu erkennen/ daß gemelter Rath der Statt N. durch obgedachte eigen gewaltige Handlung in deß heyligen Reichs acht/ꝛc. gefallen/ & fractio seu ruptio Cæsareæ publicæ pacis requirat expressum & verum dolum, vt verba deß Landfrieden aperte volunt, in illis scilicet verbis, Daß keiner den andern fürsetzlichen oder gefährlichen beschädigen solle. Quæ verba vtique verum dolum in se comprehendunt, vt patet aa definitione doli, qua Labeo definit eũ, dicendo; Dolum malum esse omniem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Quæ Labeonis definitio vera est *l. 1. §. Labeo. ff. de dolo.* Ex qua quidem definitione doli etiam euidenter conuincitur, quod Consulatus in nullo dolo fuerit, quia nec aliquam machinationem, nec calliditatem, nec fallaciam verbis vel factis, ad circumueniendum, fallendum, & decipiendum præfatum Dominum Comitem, & subditos eius, adhibuerit, vt plus quã satis ex attestationibus etiam Actoris met claret, cum nihil penitus attentauerit in alicuius læsionem; vel in corpore, vel in bonis, sed solum miseris exercitum suum pro liberando ciue eius incarcerato, in præiudicium Iurium & priuilegiorum ciuitatis: Et ita pro defensione & tuitione talium iurium, etiam ex singulari concessione Imperialium priuilegiorum.

Ergo non fuit in dolo, tenet consequentia, quia à quocunque remouetur definitio, ab eodem remouetur definitum, quia vnom conuertitur cum reliquo. *d. §. Dolum. & ibi Bar. & Legistæ.* Sequitur ergo inconuincibiliter, quod cum sæpe præfatus insignis Consulatus non fuerit conuictus, nec vnquam conuinci possit de fractione seu ruptione publicæ Cæsareæ pacis, & per consequens, quod in nullam penitus pœnam fractæ pacis Cæsareæ, siue in dispositione Iuris cõmunis, siue in Landtfrieden/ siue in aurea Bulla Caroli Quarti, siue in quacunque alia constitutione conteotum, nec in aliquam pœnam etiam arbitrariam propterea inciderit, & quod ideo, si non nulliter, tamen saltem iniuste in pœnam 50. marcarum auri declaratus sit, quam in nullam aliam pœnam, nec ordinariam, nec extraordinariam, nec arbitrariam, quam pro pace communi Cæsarea rupta, quam tamen non rupit, condemnari potuisset. Cum solum ad huiusmodi violentiam qualificatam, & eius pœnam actum sit. Ergo in aliam pœnam pro alia violentia citra fractionem pacis condemnari de iure non potuit, quum super alia pœna nec actum, oec lis contestata sit, vt ex supra adductis plus quam euidenter patet.

Ex quibus etiam patet, quod huc non pertinet disputatio ista, quando in libello adducuntur plura facta qualificata; An actor teneatur ad probandum omnia, & an clausula quæ protestatur se non astringere ad onus superfluæ probationis, eum releuet. Ex quo hic sumus in vnico facto qualificato, scilicet assertæ violentiæ cum fractio-

fractione pacis, quo casu ad hoc, vt Actor obtineat, requiritur, vt vtrunque probet, & factum, & qualitatem; non obstante quacunque protestatione, quum factum sit vnum, vt ex supradictis claret.

Item, vltra supra adducta nullitas, vel saltem iniustitia prædicta prætensæ sententiæ, in secunda eius dispositio-
3 ne, ex hoc etiam clare apparet, † quod sententia nullo modo fuit conformis petitioni, *contra l. Vt fundus. ff. Comm. diuid.* quia petitum fuit, vt Consulatus declaretur in pœnam violentiæ pacis fractæ, vt patet in conclusione libelli, in prædictis verbis, scilicet, **Durch obgedachte eygengewaltige handlung.** Et sententia dicit de alia prætensa violentia, **Sonder vmb jhr angezogen vnd geübte verhandlung.** Et tamen in libello nulla alia violentia, quam fractionis publicæ & communis Cæsareæ pacis, cum eiusdem pœnis deductum est, & super qua lis tantum fuit
4 contestata. Ex quo etiam conuincitur, † quod dicta sententia est lata etiam cum expressione falsæ causæ in ea: quia licet sententia diffinitiua differat in hoc à decreto Iudicis, quod decretum ex falsa causa sit ipso iure nullũ. *l. Cum vero. §. Subuentum, cum similibus. ff. de fideicom. liber.* Secus in sententia diffinitiua *l. Cum putarem etiam, cum similibus. ff. Famil. hercis. De quo pulchre per Bartol. & Legist. præsertim Alex. de Imo. in l. Iuste de acqu. possess.* tamen sententia lata ex falsa causa, in ipsa sententia expressa, est etiam ipso iure nulla, quia expressio erroris facit cessare præsumptionem, quæ erat pro sententia, *secundum not. in c. inter cæteros. in c. Cum Bertoldus. & in c. Cum inter, de re iudica.* Est est sine dubio, quando est notorie falsa per relationem ad acta, *secun. not. per Panor. in c. 1. & c. Sicut, eo tit.*

Quum autem magnificus Senatus N nullum penitus dolum commiserit, & per consequens, nec etiam in aliquam pœnam fractæ pacis, quæ sine dolo vero non committitur, inciderit, vt inconuincibiliter patet ex actis, & actitatis, & etiam attestationibus aduersæ partis, prout copiose etiam & docte à Domino Consulente ostensum est, non esset opus hic huiusmodi allegata repetere, nec aliqua alia in medium adducere, tamen aliqua adducentur. Et primo, cum ex actis claret, qua voluntate, quoue animo siue proposito prædicta à Consulatu facta fuerint, animo scilicet liberandi ciuem incarceratum, & defendendi iura & priuilegia Cæsarea, prout ex speciali priuilegio Imperiali facere potuerunt, sequitur vtique quod in nullo dolo deprehensus fuerit,
5 † quum voluntas & propositum distinguant delicta. *l. Qui iniuriæ causa, in princip. & verum, la 2. ff. de furt.* l. Quod Reipubl. causa. ff. de iniur. vbi textus addit: Quod si Magistratus etiam aliquid facit secundum bonos mores, sicut in proposito propter tuitionem iurium ciuitatis, & ex concessione Cæsarea, licet etiam pertineat ad iniuriam alicuius, si tamen non ea mente magistratus faciat, vt iniuriam faciat, non tenetur iniuriarum, multo minus tenetur pacis ruptæ. l. 3. §. Si quis dolo malo, in fine, ibi, hoc est, si non supprimendi animo vel consilio fecit, sed ne hinc exhiberet. ff. de tab. exhib. *& faciunt bene not. in l. Inter omnes. §. Recte. ff. de furt.* Et prædicta etiam procedunt de iure Cano. etiam in concernentib. salutem animæ. *c. Cum voluntate, de sent. excom.*

Expeditum autem est crimen fractæ pacis sine dolo committi non posse, quia etiam delicta fur. Item vi bonorum raptorum, sine vero dolo non committuntur, quæ tamen sunt delicta priuata, ad hoc scilicet, vt ad pœnam pecuniariam dupli, vel quadrupli agi possit. l. 1. vbi dicitur: Furtum est contrectatio rei alienæ, inuito domino, fraudulosa. *ff. de furt. l. 2. § Dolo malo. & §. Doli mentio. ff. Vi bono. rapt.* Quare multo magis in isto publico iudicio ruptæ pacis, dolus eiuscemodi requiritur, prout etiam der **Landtfried** in prædictis verbis, **gefährlich oder fürsetzlich andere zubeschädigen** / &c. requirit. Quare obtinet hic locum Regula, qua disputatur, † quod in casibus, in qui- 6
bus lex expressum dolum requirit, quæuis causa etiam iniusta excusat à dolo, & per consequens à pœna. Quæ Regula colligitur ex iuribus per D. Consulentem allegatis, scilicet in l. 1. §. fin. ff. de abige. l. Plagii criminis, la 2. C. Ad l. Faui. de plagia. vbi text. ad lit. quod excusatur errans à delictis, in quibus requiritur dolus, & est ibi text. vt patet ex fin. vers. scilicet ad hanc opinionem iusta deducti ratione, quod opinio concepta iusta ratione habet excusare, & idem si non iusta ratione, &c. secundum gloss. 2. ibi per iura in ea alleg. quæ secundũ omnes procedit in delictis, in quibus dolus est de substantia, quia tunc iusta sine iniusta causa excusat à dolo, quum faciat cessare animum delinquendi. *d. §. Recte,* imo iusta excusat tam dolum, quam culpam, *secundum Bald. in dict. l. Plagij criminis, allegans ad hoc nota. in l. Ex consensu. §. fin. ff. de appell. & relat. in l. Item apud Labeonem. §. Si quis virginem. l. dem. & l fin. ff. de crim. expil. hæred.*

Et quia illa & alia plura pro hac Regula, & eius confirmatione, & quod verus dolus non æquiparetur latæ culpæ, quando requiritur verus & expressus dolus, à domino Consulente opportune adducta sunt, ideo non est hic in hoc latius insistendum. Hinc † eleganter dicit An- 7
gel. Perus. *in l. 1. in fin princip. per d. leg. Plagij criminis. & l. Igitur. ff. de liber. cauf.* quod omnis credulitas quantumcunque fatua, excuset à pœna doli. *ff. de eo per quem factum est,* & vbi est aliqua causa excusans à dolo. Et sic huiusmodi causis tollitur omnis præsumptio doli, *de qua in l. cum simili. C. Ad l. Cornel. de sica.* Quia vrgentior & fortior præsumptio tollit minus fortem. *l. Diuus, cum ibi not. ff. de in integ. rest.* & sic vendicat sibi locum Regula, quæ habet: Quod in dubio debet sumi præsumptio delicti exclusiua. *l. Merito. ff. Pro socio.* Ex quibus infertur; Dato, non tamen concesso, quod hic essemus in dubio, sicut tamen non sumus, propter scilicet causas, de quibus in actis, & propter priuilegium ciuitatis, quod tamen esset præsumptio iuris pro Consulatu, quæ excusaret eum à dolo, & ita à crimine ruptæ pacis. d. l. Merito, vbi dicitur: Et sane plerunque credẽdum est, eum qui partis dominus est, iure potius suo vti, quam furti, &c. *facit l. Si quis secundum communem, in fin. 1. respon. ff. de ser. cor. l. Item apud Labeonem. §. Si communem. ff. de iniur.* & dicit gloss. in d. l. Merito, quod ista sit notabilis præsumptio; quod quis præsumatur facere iure suo. Et dicit ibi Bald. in addi. d. l. Merito, per text. illum, quod positum in dubio, debet intelligi potius, quod delictum excludat, quã includat, & sic in benigniorem partem interpretatio fieri debet, non solum ad pœnæ interpositionem, sed etiam ad modum procedendi, quod dicit esse notandum pro conclusionibus libellorum. Quę omnia potissimum in præsentiarum locum sibi vendicant, cum in continenti, & statim postquam Præfectus in V. ad petitionem & requisitionem Consulatus, ciuis eiusdem in præiudicium priuilegiorum ciuitatis incarceratum remittere, & ab incarceratione liberare noluit, prædicta ad defensionem, tuitionem, & protectionem iurium & priuilegiorum ciuitatis, & ex speciali concessione Cæsarea tantum fecerit, & non animo nec iniuriandi, nec damnificandi Comitem, vel subditos eius in bonis, vel personis, vt acta clarissime ostendunt. Quo quidem casu etiam vim vi repellere iure permissum est. *l. Vt vim, cum iuribus in gloss. allegat. ff. de iusti. & iure. l. 3. §. Eum igitur. ff. de vi & vi arma. cum vulg.* Imo † quando quis detinetur iniuste in 8
carcere, semper poterit resisti, quia vis est successiua.

Ita probatur in l. Vis eius. & ita Bald. versic. Quæro quomodo fuit licitum, ibi scilicet, cum aduertit, in l. Nostra. C de probat. Quare licuisset Senatui A. pro defensione & tuitione sui iuris, ciuem suum iniuste captum, propria authoritate liberare. Ex quo præfectus requisitus noluit, quia huiusmodi violentia illata ciui, fuit etiam Consulatui pro suo scilicet interesse, conseruandi scilicet iuris sui, deß freyen Zugs/ etc. illata, & durasset quamdiu ipse in carcere fuisset detentus.

Item dato & nullo modo concesso, quod Consulatus aliquam simplicem violentiam commisisset, vel modum inculpatæ tutelæ excessisset in damnificando Comitem, vel aliter, sicut tamen non est factum, & huiusmodi violentiam seu excessum Comes in iudicium deduxisset, prout tamen etiam non deduxit: vel dato quod virtute iudicij intentari in excessu, si quem fecerit, sicut tamen non fecit, puniri posset, sicut tamen etiam nõ potuisset puniri, vt supra copiose ostensum est: Et ita pœna fuisset arbitraria, tamen adhuc non consistorium Cameræ, præsertim attentatis causis iustis & legitimis, ob quas Consulatus prædicta facta attentauit, non potuisset pro tam exili excessu, & paruis, imò quodammodo minimis damnis illati Comiti, pœnam tam magnam & notabilis summæ quinquaginta scilicet marcarum auri puri arbitrari, & per consequens etiam aliquo vel aliquis ex prædictis casibus prætensa sententia in eius secunda dispositione propter manifestam & notoriam iniustitiam seu iniquitatem, quæ scilicet ex actis constat, esset ipso iure nulla, vel saltem valde iniusta siue iniqua, &c.

9 Nam † licet vbi pro aliquo delicto vel excessu non reperitur certa & speciuoca pœna à lege, tunc quis sit puniendus extra ordinem, id est, Iudicis arbitrio *l. 1. §. Expilatores, in versic. Idcirco causa cognita, liberum erit arbitrium statuendi ei qui cognoscit, &c. ff. de effractio.* l. Hodie, cum ibi nota. sequ. ff. de crim. stell. vbi dicitur, quod cum nulla pœna sit stellionatus, quod soleat extra ordinem plecti. l. Sacculatij post princip. in vers. Item qui dietarij. vbi est casus, quod is qui ingreditur domum animo furandi, & tamen non furatur, punitur extra ordinem, quia illud crimen non habet nec speciuocum nomen, nec pœnam.
10 *& ibi Bartol ff. de extraord. crim.* † Iudex tamen in delictis inclinare debet in mitiorem pœnam. *Ita not. in c. de causis, de offic. deleg Bald. in l. Quicunque, mihi, in fin. 9. colum. versic. Scias etiam. C. de ser. fugit.* Intelligitur enim pœna in arbitrium Iudicis collata, tanquam in arbitrium boni viri. *l. Fideicommissa. §. Quanquam. ff. de lega. 3. l. 1. ff. de lega. 2. l. Si societatem. §. Arbitrorum. ff. pro socio.*

Hinc etiam in casibus, in quibus imponitur pœna, nedum pro delicto consummato & perfecto, sed etiam pro conatu, tamen tunc conatus tandem punitur eadem pœna, quando lex talis facit mentionem de conatu imponendo, scilicet eandem pœnam, vel alia limitata à iure est statuta. *l. 1. ibi scilicet (licet prohibitas nuptias non peregerit) attamen pro tali conamine, &c. C. Si quacunque præditus potestate. l. Is qui cum telo. Cod de sic.* alias punitur solum extra ordinem, & mitius iudicantis arbitrio. *l. 1 in princip. ff. de extraord crim. iuncta l. Quamuis adulterij in fin. C. de adult Bald. post Ray. in l. 1. §. Hæc verba. vbi dicit hoc notandum esse. ff. Quod quis iur. Alexand. de Imo. in Consi. 111. incipit. Ponderatis verbis inquisitionis formatæ, mihi in 4. colum. versic. Præterea quamuis, in 1. volum.* Et ideo † quando Iudex à lege vel statuto habens arbitrium,
11 enormiter grauat partem, punitur. Qua ratione enormitatis præsumitur dolus, licet secus sit si modice lædat. Ita pulchre dicit Bald. super Rubric. in 2. quæst. C. de pœna iud. qui ma. iud. *allega. nota. in l. Si de meis. §. Recepisse. & l. Sed & si in seruum. §. Si quis Iudex. ff. de arbit.* subiungens ibi. quod hoc etiam procederet, si statutum diceret quod stetur Iudicis arbitrio & voluntate, quia hoc totum debet intelligi sane, vt not. in l. penult. vult allegare gloss. mag. in fi. in versic. Item quid si compromiseto. ff. de arb. vbi est gloss. not. quod compromittens in aliquem quem offendit, vt iud[...]t in eum, secundum quod vult: quod licet valeat, tamen reducitur ad arbitrium boni viri, si excedat modum. *l. Si libertus. ff. de oper. libe.* & allegat Bald. vbi supra etiam Aristotelem, in 3. de Anima, qui dicit, quod in ratione est voluntas, & ideo voluntas debeat esse bona, & non mala, vbi agitur de alterius præiudicio.

Imo † quando aliquid committitur in liberam voluntatem alicuius, intelligitur tamen excludi dolus. 12 *l. Creditor. § Lucius, & ibi Bart. in 2. nota. ff. Manda.* Hinc eleganter inquit Bart. *in l. Filiusfamilias, in 1. colum. vers. Quæro in aduentitijs Arg. illius l. ff. de donat.* quod potestas cui conceditur liberum arbitrium, non possit ius alterius lædere: & dicit de hoc esse casum expressum in l. Cum filius, iunct. l. 1. ff. de testamen. milit. addẽs quod etiam si sit dictum, quod potestas possit facere ad sui voluntatem, quod tamen non possit inique agere, per d. l. Cum filius, iun. d. l. 1. vbi hoc optime probatur. Nam in d. l. 1. Militibus plenissima indulgentia testandi, & quoquo modo voluerint, tributa est, ita quod nuda voluntas eorum sufficiat, & tamen in d. l Cum filiusfam. deciditur, quod si filiusfamil. miles decesserit, & filium suum impuberem hæredem instituerit, eique substituisset, & filio impuberi instituto in aui potestate manenti dederit tutores, substitutionem quidem, non autem dationem tutoris valere. & assignat ibi tex. rationem: quia hæreditati quidem suæ miles qualem vellet substitutionem facere potest, verumtamen alienum ius minuere non potest. Et † Iudex in arbi- 13 trariis non debet nimis esse fauorabilis alteri parti. Bald. in l. si *post prin. versic. Et nota per illud.* C. de pœna iud. qui mal. iud. Subiungens: Cui latior datur habena, ille magis debet habere æquitatem præ oculis, *vt in Authent. vt iusiurandum quod præstatur ab his qui ig. &c.* adducens ad hoc leg. Quod si Ephesi. §. Interdum notab. licet vulg. quæ in fine dicit, quod Iudex in hac actione arbitraria debeat habere æquitatem præ oculis ff. de eo quod certo loco. per quem textum dicit ibi Baldus in antiqua Lect. in 2. notab. quod vbicunque iud. datum est arbitrium, intelligitur quod de bono & æquo ipse habeat pronunciare, quia istud quod est bonum & æquum, videtur contineri in isto arbitrio, vt ibi, quod est notandum secundum eum.

Præterea licet defensio solum sit permissa cum moderamine inculpatæ tutelæ. *lege prima, cum ibi pulchre no-* 14 *tat. Cod. vnde vi.* † Si tamen defensio fieret cum excessu moderaminis inculpatæ tutelæ; nedum culpa, sed etiam dolo, tamen quis solum posset puniri de illo excessu, & consequenter minori pœna, quam si non esset data occasio delinquendi. *textus est not. in l. Si adulte. cum incestu. §. Imperatores. versic. Et magis. ff. de adulte. & eleganter Baldus in l. Vt vim, mihi in tertia colum. versic. Modo restat videre. ff. de iust. & iur.* quod etiam talis excessus dolo factus minus puniri arbitrio Iudicis debeat: & si valde parum excesserit, in nullo delinquat, ideo nec in aliquo puniri possit, *vt ibi latius per eum, & pulchre Bald. in dict. leg. prima, mihi in 2. colum. versic. Nono quæritur si quis percussit. Cod. Vnde vi, per text. in d. §. Imperatores. versic. Et magis. & per text. in c. Olim, la 1. de resti. spoliat. & Canonist. in capit Significasti. la 1. de homicid. Alexand. de Imol. in Consil. 75. incipi. Viso themate, visaque inquisitione*

formata

formata contra dictum D. Antonium, cum concord. mihi in 2. colum. vers. Circa aliud quo quaeritur, in 3. vol. D. Ias. etiam in d. l. Vt vim, a l. fin. 2. colum. vers. Tertio multum aduerte, cum multis concor. Et opportune accedit ad propositum nostrum doctrina nota, quæ habet, quod in actu successiue continuato, debeat attendi initiom, & non finis, quando scilicet initium est licitum pro excusandis delictis, & excessus in dubio præsumitur colpa, & non dolo processisse, *secundum Sal. sing. in d. l. Gracchus, in 3. colum. vers. In dubio autem. C. de adult. Refert & sequitur Dom. Ias. in d. l. Vt vim. in 3. colum. versic. Et nota diligenter. Quod etiam confirmatur per doctrinam, quam tradit Bart. not. in l. Quod ait lex. §. Quod ait lex. ff. de adu. per l. Qui cum maior. circ. pri. vers. Sed si maior. ff. de bonis libert. quam seq. Ang. & Sals. in dict. l. Gracchus. C. de adulte. Bald. in l. Si quis non dicam rapere. C. de epis. & cler.* Quum ergo, vt ex actis patet, etiam prędicto casu consistorium Cameræ, erbitrando huiusmodi magnam pœnam peconiariam pro tam exiguo excessu, siue violentia, siue pro tam modico damno, diceretur enormiter & valde graniter læsisse & grauasse sæpe nominatum & insignem Consulatum A. cui nedum dolus nec culpa saltem lata imponi posset, potissimum etiam, quod principium aggressuræ ob defensionem iurium ciuitatis, & ex speciali iudicio Cæsareo fuerit omnino licitum & honestum, maxime etiam, quod contra expressam prohibitionem Consulatus, & etiam quorundam habentium mandatum ab eo, quidam ex armigeris absque dubio leuioris conditionis hominibus io aliquo medio excessum fecerunt, & per consequens sequeretur etiam isto casu huiusmodi sententiam tanquam notorie & manifeste iniquam, nollam & inualidam, vel saltem iniustam siue iniquam, qum prorsus nullus dolus ex parta Consulatus
15 commissus fuerit. Et prædicta fortificantur, quia † sententia continens manifestam iniquitatem, est nulla *c. Inter ceteros, secundum vnum intellectum, & verum & exactum sumit illum tex. Panor. ibi in 1. Summ. circ. de sent. & re iud.* Et quod talis sententia sit ipso iure nulla, innuit tex. ibi expresse, dum per verba præsentis temporis dicit, ei stari non debet. Nec obstat tex ibi in verb Euacuari oportet, ideo videtur aliqua, quia quod nullum est, euacuari non potest. *c. Ad dissoluendum, cum simil. de spons. impu.* Nam licet varie dentur solutiones, tamen illa sufficit pro nunc: quam etiam ponit Panor. euacuari oportet, scilicet de facto. Nec obstat tex. in l. Ciues. C. de appellatio. vbi sententia continens manifestam iniquitatem partis, est aliqua, & tenet si non appelletur, quia licet glo. ibi ponat differentiam inter notoriam iniustitiam, quo casu sit ipso iure nulla, vt in d. l. Inter cæteros. & inter manifestam iniustitiam. Quã differentiam seq. Doct. cum Andr. Barba. in additio. ad Paoor. in d. c. Inter cæteros, dicit, quod d. l Ciues, loquatur, quando quis poterat appellare, & ideo non appellando videtur approbare iniustitiam sententiæ, quare sibi imputet quod nõ fuerit vsus beneficio legis. Ideo isto casu sententia dicitur aliqua. Sed in casu d. c. Inter cæteros, non poterat appellare, ideo redditur nulla talis sententia, quia non poterat parti imputari, quare non appellauerit. Sed in terminis nostris à seotantia prætensa Consistorii Imperialis præfato casu continenti manifestam iniustitiam, non poterat appellari. Ergo, &c. Et probatur in c. 2. secũdum vnum intellectum, de purga. vulg. & ast ratio secundum Doct. & Panor. ibi, quia sententia iniosta tenet propter præsumptionem, quæ quidem pręsumptio cessat, vbi notorietas iniostitiæ est in contrariũ. Arg. 8. distinct. c. Veritate manifesta, pro qua bene facit, secundum Pan. ibi, quod notat Innoc. in c. Inno. singula. in c. Quia plerique, de immu. Eccle. vbi inquit: Quod si pats, pro qua lata est sententia, cõfiteator eam iniustem, qood debeat retractari. Fortius ergo retractanda est, vbi notorie constat de eius iniustitia, & maxime de iure Canoni. Non enim debet sustinere quem retinare rem com peccato. *Idem prob. in c. Fraternitatis, de frig. & malef.* Et ibi etiam post Doct. pulchre Pan. super glo. in verb. Per errorem, vbi allegat Innoc. vbi supra, & alia de qoibus iam proxime subiungens. Et nota ex hoc singula, quod sententia notorie ioiusta est nulla, vel saltem reuocabilis, non obstante, quod oon fuerit appellatum, etiamsi ootorietas postea iniuste acciderit, *vt in casu d. c. Fraternitatis*, quod dicit obliuioni nunquam tradandum esse. Et inqoit etiam ibi Pan. quod hoc dictum non debeat restringi ad causam materialem. Ex quibus omnibus tam infertur, quod etiam sæpe nominato casu prætensa sententia est nulla, vel saltem iniusta. Et quod Consistorium teoeatur propterea magnifico Consulatui A. de Syndicatu, iuxta nouam constitutionam Cæsaream editam, in Comitiis Ratisponæ celebratis.

THEMA CONSILII XIII.

Quod iudicium possessorium super spoliato possit intentari ab illo, cui spoliatus cessit actionem. Et quod tertius intentans petitorium, etiã non terminato possessorio, super proprietate audiendus est.

SVMMARIA.

1 *Cessionarius agit propriam causam, ideo non comprehenditur in statu loquente de Procuratore.*

2 *Differentia inter actionem directam & vtilem à cessionario intentatam.*

3 *Successor in vitio, potest conueniri possessorio Recuperandæ, licet ipse non spoliauerit, nec spoliari mandauerit, nec spoliationem ratam habuerit.*

4 *Ad fundandum iudicium possessorium, sufficit probare quod quis possederit, & quod aduersarius nunc possideat.*

5 *Clausula, petens sibi ius & iustitiam ministrari, multum est vtilis.*

6 *Agenti iudicio possessorio recuperandæ, non obstat exceptio dominij, etiamsi res aliter peruenerit ad conuentum, quam per violentam spoliationem.*

7 *Crimen læsæ Maiestatis, etiam contra minores dominos, quam Imperatorem & Papam, potest committi.*

8 *c. Reintegrandæ competit etiam laicis, pro rebus prophanis agentibus.*

9 *Exceptio spoliationis non potest opponi contra tertium, agentem petitorio.*

CONSILIVM XIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Visis & ponderatis actis, contingentia facti, & quæstionibus mihi oblatis, respondendum arbitror: Quod quum ex actis constet, I. de O. fuisse in possessione Molendini, & bonorum, &c. & quod Episcopus E. ipsum tali possessione spoliauerit, & tunc Capitulum E. tale Molendinum & bona detineat, quod possit cooueniri à cessionario ipsius spoliati remedio possessorio recuperandæ, prætentis exceptionibus non obstantibus. Sed qoum H de L. prætendat instituere petitorium ad prædicta bona, debet audiri cum sua petitione, nec obstat illi exceptio spoliationis, quum non detur contra tertiũ, sed potest tamẽ repelli aliis legitimis exceptionibus, maxime ex consuetudine loci, deferẽte marito successionẽ omniũ bonorũ vxoris decedẽtis sine liberis, &c.

Præmissæ responsiones tanquam Iuri conformes, breuissimis probantur. Et pro clariori inuestigatione veritatis earundem, est primo sciendum, quod ex libello validorum à M. intentato contra venerabile & insigne Capitulum Ecclesiæ O. patet, quod agant ex iure cesso, cum narrent factum siue causam in persona Ioan de N. in Christo defuncti cedentis actionem, quia ille qui agit ex iure cesso, narrat factum siue causam in persona cedentis actionem. *l. Qui stipendia C. de procu.* & hoc potest dupliciter fieri; Vel narrando in persona sua intentando vtilem, vel in persona cedentis intentando directam. Concludit vero Actor semper sibi, id est, ad sui vtilitatem. Tria ergo sunt consideranda; scilicet Causa, Actio, & Exactio. Causa originalis est aliena, Actio directa est aliena, Actio vtilis est propria, similiter Exactio est etiam propria. Commodum enim litis est proprium ipsius cessionarii, quocunque modo concipiat libellum. Ita declarat Bald. in d. l. Qui stipendia, in princ. inferens ex hoc, quod cessionarius non dicitur proprie procurator, vt patet ex definitione. Nam procurator est, qui aliena nego-
2 cia mandato domini administrat Sed † cessionarius considerato effectu administrat proprium negocium; Ideo non comprehenditur in statuto loquente de Procuratore. Tamen notandum est, in quantum Doct. in d. l. Qui stipendia, dicunt, quod cessionarius habeat etiam directam actionem, quia hoc debet intelligi, id est, quod habeat exercitium directę, quum directa actio remaneat penes cedentem, nec ab eius ossibus euelli seu separari potest. *l. Quis ergo casus. ff. de pecu.* & secundum Guil. Cyn. Bartol. & communiter Legistas, in d. l. Qui stipendia, ex conclusione libelli cognoscitur, an cessionarius intentet directam, voluerit dicere, id est, exercitium directæ vel vtile. Nam vtroque casu in narratione fit mentio cedētis
4 in libello, & † in exercitio directæ fit mentio cedentis etiam in conclusione, quia cessionarius petit nomine cedentis Reum condemnari. In conclusione autem vtilis petit eum sibi proprio nomine condemnari. Et de hoc quod actiones directæ intententur nomine cedentis, & vtiles nomine proprio, est tex. ad literam. & ibi Barto. in l. Emptori. C. de hæred. vel act. ven. & in dubio, quando ex conclusione libelli non potest apparere, an sit intentata, vel directa, id est exercitium directæ, videtur intentasse exercitium directæ, *secund. Dyn & Bartol. in l. si duo. ff. de solut. Paul. de Castr. in d. l. Qui stipendia.* Et ex hoc resultat inter cætera magnus effectus: quod si mulier cedat actionem de dote alteri, & Cessionarius agat iure directo, nomine sc. cedentis quod transeat priuilegium in cessionarium, *vt probatur per gloss. in §. Fuer at. Instit. de actio.* Secus si agat vtili, vt patet per text. in Authent. Vt ex act. instru. do. *circa prin. colla. 7.* Ita pulchre decidit Bart *in l. Post dotem, in vlti. colum. versic. Pone ergo in simili. ff. Soluto Matrimonio*, & ita defendit Per. de Cy. *in l. 1. C de priuil. do.* & ibi pulchre Bald. *mihi in 4. colum. vers. Quærunt Doct. de pulcherrima quæst.* & infert ibi, dicens: Et ex hoc apparet, & tene menti, quod vbicunque tractamus de priuilegiis, differentia est in effectu inter directam, & vtilem *Et illam decisionem Bart. refert etiam & tenet D. Ias. in d. l. Qui stipendia. in fine.*

Ex quibus iam liquido infertur, quod quum in præsentiarum Actores per procuratorem eorum agant contra Capitulum præfatum iudicio possessorio recuperandæ possessionis, ex Iure cesso, quum narrent factum Ioan. de N. addentes scilicet, quod spoliatus fuerit sua possessione, &c. & intentauerunt directum, id est, exercitium directæ, quum expresse petitum sit restitutionem molendini, & aliorum bonorum ipsis fieri nomine Ioan. de N. cedentis, vt patet ex conclusione libelli ad finem, in illis scilicet verbis, Vnd seyn schuldig vnd pflichtig/ die genante seine Principal / in statt Seligen Johan von Oberge. Ecce nomine cedentis, Widerumb zusetzende in habenden gebrauch/gewehr/vnd Possession der vielgedachten Güter vnd Mülen, &c. Quod perinde est, ac si ipse Ioa. de N. in vita sua met egisset contra Capitulum possessorio recuperandæ possessionis, & ita quod competat Actoribus huiusmodi iudicium possessorium recuperandæ possessionis, cum omnibus suis priuilegiis, pro tanto, quod etiam sustineretur libellus, si Actores cessionarii narrassent se spoliatos fuisse propter spoliationem factā cedenti, vt patet ex notabili decisione Baldi in l. Perduersus. *mihi in 4. colum. vers. Vndecimo quæro.* C. Mand. vbi cōcludit: Quod licet is, cui est cessa rei vendicatio, si agat, debeat narrare, cedētem dominum esse non posse, quū ante adeptam possessionem non potuerit esse dominus; tamen si in libello petat se declarari dominum, sustinebitur libellus, & ratio est in promptu, quia Reus est condemnandus ad dandum sibi. *Refert & sequitur Paul. de Cast. in dict. l. Qui stipendia, in fine.* Ita quando spoliatus narrat se spoliatum possessione, quam tamen non habuit, intelligitur, quantum ad effectum, quia Reus est condemnandus ad possessionem ei: Quanto magis prædicta habent locum in terminis nostris, vbi facta est narratio ex persona cedentis, & intentatum exercitium possessorium recuperandæ possessionis. Per quæ iam lucidissime patet, non obstare Actoribus exceptiones nomine Capituli obiectas.

Et primo, quia obiectum est, Actores ex parte ipsorum possessionem, & ex parte Reorum spolium probare non posse, quum constet ex confessione Reorum, de quibus in Actis Ioan. de N. vna cum vxore possedisse libellata bona, & ipsum Ioan. N. tali possessione spoliatum fuisse. Posito, non tamen concesso, quod de vtroque sufficienter non constaret, quod vtrunq;, sine tamen onere superfluæ probationis, de facili probari possit, super quo iure cesso Actores cessio. suam intentionem fundant, pro tanto, quod eis possessio libellatorum bonorum restitui debeat. Nam etiam actio in rem, & ita mere realis, potest cedi, & ex cessione competit cessionario actio vtilis in rem. *l. Certi iuris. C. de hæred. vel act. vend.* per quam petit cessionarius Reum sibi condemnari ad restituendū rem, secundum Bartol. in d. l. Certi iuris. alias 1. vbi etiam ponit modum formandi libellum in ea; multo fortius cesso iudicio possess. recuperandæ possess. cessionarius petit sibi restitui possessionem, quam habuit cedens.

Nec in præsentiarum posset cessionariis opponi, quod Capitulum non spoliasset Ioan. de N. possessione molēdini, & aliorū bonorum, nec mandauerit spoliari, nec ratam habuerit spoliationem, & per consequēs, quod contra ipsum non possit intentari interdictum Vnde vi, quum non detur, nisi contra eum, qui spoliauit, vel spoliari fecit, vel spoliationem ratam habuit. *cap. Quum ad sedem, de restitu. spoliato.* Quia † posito, citra tamen præiu- 3
dicium veritatis, quod Capitulum ipsum nec spoliasset, nec spoliari mandasset, nec ratā habuisset spoliationem, tamen adhuc competiisset eis possessorium recuperandę possess. sc. condictio ex Canone Reintegrando, *3. q. 1. vel ca. Sæpe, de restit. spoliato.* quum scienter receperit huiusmodi molendinum, & cohærentia iura, inuasa per Dominum Episcopum in Christo defunctum. & est casus expressus in dict. cap. Sæpe, quod ius personale, in rem tamen scriptum, cuiusmodi sunt iudicia possessoria, sequitur successorem singularem, qui scilicet successit in vitium. Quia, vt dicit ibi textus, quod quo ad periculum animæ, non multum interest inter iniuste possidere, & inua-

& inuadere alienum, & in hoc condictio d.c. Sæpe, excedit interdictum Vnde vi, quia illud non competit contra successorem singularem, sed vniuersalem, *vt legitur & notatur in capit. Significauerunt, de testibus, & declarat Panorm. in d.c. Sæpe, in fin. 1. colum. vers. Nota hic casus, &c.* Item licet interdictum Vnde vi, solum competat contra spoliatorem, vel spoliari mandantem, vel ratam habentem spoliationem, quod tamen alia remedia possessoria dentur contra possidentem rem inuasam, *vult aperte gloss. in d. c. Cum ad sedem, in verb. Interdictum, per iura in ea allegata, & ibi Canonist.*

4 Præterea † ad fundandum iudicium possess. vt agens obtineat sibi restitui possessionem, non est necesse quod probet se spoliatum, sed sufficit, si probet se antea possedisse, & eum, contra quem agitur, nunc possidere. *Ita egregie decidunt Innoc. & Ioan. Andr. in c. Post electionem, de concess. preb. & post eos Alexand. de Imo. in l. Naturaliter. §. Nihil commune, ante fin. 9. colum vers. Pro hoc alleg. Imo etiam ff. de acqu. poss.* Quum ergo constet, Ioan. de N. cedentem etiam postquam discessit ab vxore sua, per suam vxorem præfata bona possedisse, quum ea etiam nomine mariti possederit, quum is possideat, cuius nomine possidetur. *l. Quod meo. ff. de acqui. poss. §. penulti. Instit. de interd. cap. Quum venisset, in fin. cum concord. ibi in gloss. in verbis minus nomine alleg. at de restit. spoliato.* Imo si quis proficiscatur ad alium locum distantem & neminem requirit domi, vel in suis bonis, vel possessionibus, tamen retinet animo ciuilem possessionem. l. Peregre. §. Qui ad nundinas. ff. eod. tit. de acquit. possess. & in quantum textus ibi loquitur de eo qui profectus est ad nundinas, denotat facti contingentiam; Tamen idem esset, si quis profectus fuisset ad alium locum distantem. Imo probat ille text. in verb. Neminem reliquit, à contrario sensu, ibi secundum Dom. Iason. Quod si aliquem domi reliquisset is, qui ad nundinas, vel alium locum profectus est, puta, seruum vel colonum, quod tunc ingrediens nullam penitus acquireret possessionem: & est ratio, quia absens retinet possessionem ciuilem animo, & naturalem corpore alieno. *d. l. Peregre. §. Quibus explicitis. & l. Generaliter. ff. de acquir. possess.* Et sic patet Ioan. de N. cedentem in absentia sua ciuilem possessionem animo, & naturalem corpore alieno, vxoris scilicet suæ retinuisse, quare sequitur, quod ratione huiusmodi possessionis, quam habuit Ioan. de N. cedens etiam absens, competit cessionariis iudicium possessorium recuperandæ possessionis, cõtra Capitulum, quod modo possidet. Iterum dato, & non concesso, quod Capitulum non spoliasset Ioa. de N. cedentem sua possessione, vt ex supra adductis ostensum est: sed in libello intentato, ratione prædictorum cessionariorũ contra Capitulum Actores non restrinxerunt se præcise ad interdictum Vnde vi, sed intelliguntur intentasse quodlibet remedium possessorium recuperandæ possessionis, contra Capitulum, quod eis competere potest, vt patet ex conclusione libelli, à qua regulatur libellus, in vers. Sol. ches alles wil gedachter Anwald vnd Procurator, &c. In sequentibus verbis generalibus ibi positis, ita sonantibus: Begert auch mit Rechte vnd gerechtigkeit ob otten Articuliert factum nit allein wie bouen genant, &c. Quum ex tenore dictorum verborum claret, † Actores cessionarii

5 apposuere illam clausulam, scilicet, petendo sibi super omnibus & singulis iustitiam & ius ministrari. Quam quidem clausulam apponere in fine libelli, est multum vtile. *De qua quidem clausula habetur per Doct. in c. Cum dilectus, de ordine cognitionum. & est ibi tex. in princ. in verb. Iustitiam sibi fieri postulabat. & in c. 2. ibi, petierit iustitiam sibi, de offic. ordin.* Et est ista clausula secun. Anth. de Butr. & Panor. in d. c. Cum dilectus, quemadmodum in herba Bethonica. Et refert ibi Panorm. Io. Cald. dixisse se in contingentia facti obtinuisse, per illam quotidianam clausulam: Peto mihi iustitiam ministrari: quod si Actor in libello intentauerit petito. & possesso. & excludat expresse in possessorio, & addat in fine clausulam illam: Petens sibi iustitiam ministrari, quod poterit postea super petitorio probationem inducere, & super eo potest per iudicem primum citari: Quia illa clausula potest vtrunque scilicet petitorium & possessorium complecti. Ex qua decisione infert ibi Panor. quod vbi ex narratione facti possunt elici plures actiones, quarum aliquæ sunt aptæ, aliquæ ineptæ, & opponitur illa clausula: Petens sibi iustitiã ministrari, quod valebit libellus, & sustinebitur ex apta actione, & super apta actione poterit fieri probatio, & sequitur condemnatio. *Quæ & multa alia, refert & seq. Dom. Ias. cum concordan. in §. 1. mihi 27. colum. in vers. Multum etiam esset vtile, cum sequ. in antiq. impress. instituт. de actio.* Et quod agentibus cessionariis non obstet etiam quod adductum est de occupatione, de facto patet, quia non est probatum: Et dato quod esset probatum, tamen non obstaret eis, quum & occupans, siue detinens rem, intelligatur possidere, quia etiam ex detentatione præsumitur possessio, *secundum Innocen. in c. Cum olim, la 2. de priuil. Panorm. in d. cap. Cum ad sedem, mihi in fi. 7. colum. vers. vltimo, circa istam materiam.* Sed quid est hic eundum per mendicata suffragia? quum & prædo, qui tamen est malæ fidei occupator vel detentator, ante omnia restituendus sit. *l. 1. §. Qui à me. ff. de vi & vi arma. c. In literis, de restit spoliat.* Item quod non obstet exceptio Domini agentibus, † quum indubitatum sit, quod agenti 6 iudicio possessorio recuperan. possess. regulariter non obstet exceptio Dominii. *l. Si quis ad se fundum. ff. Ad l. Iuliam, de vi publica. d. c. in literis. c. 1. de restitu. spolia. cum similibus.* quod etiam habet locum contra iudicem spoliantem quem sua possessione, Iuris ordine prætermisso. *c. Conquerente, de restitu. spolia.* Et hoc procedit, nedum in violentia, sed etiam clandestina spoliatione, quod agenti non obstet exceptio dominii. Ita probatur per text. in l. Si coloni. C. de agri. & censi. lib. 10. Vbi seruus adscriptitius aufugit à domino suo, & per aliam occupatur, nulla interueniente violentia, qui conuenitur ex d. l. Si coloni ad restitutionem possessionis, certum est, quod illud erit remedium possessorium, & tamen ibi dicitur, quod possessio debeat agenti restitui, & ibi notanter Barto. in hæc verba prorumpit, *mihi in l. 2. colum. Vltimo patet per hanc literam*, quod quando cogitur possessorio recuperandæ, siue detentator possederit cum violentia, siue non, semper debet fieri primo restitutio possessionis, quam agatur causa proprietatis, *& primum & secundum probatur hic & in l. Si quis emptionis. §. Super illis. Cod. de præscript. 30. anno. & l. Si quis in tantam. Cod. Vnde vi. & subiungit, & ita tenet Innocen. in c. Sæpe, de restitu. spoliato.* Imo quod dicta exceptio dominii non obstet agenti possessorio recuper. posses. ex condictione d. ca. Reintegranda, vel alio remedio, vt supra deductum est, sed reiiciatur, tenet Inno. in d. c. Sæpe, & dicit ibi expresse Anth. de Butr. in vlt. col. Quod si intentetur remedium Canonis Reintegranda, 3. quæ. 1. quod reiiciatur exceptio dominii, sicut quando intentatur interdictum Vnde vi, & probatur per text. rotund. in d. l. Si coloni, vt patet: quem etiam ad hoc allegat Alexan. de Imo. in d. §. Nihil commune, in versi. præallega. & idem vult Bart. aperte, in d. l. Si coloni, vt iam ostensum est. Et dicit per prædicta Alexan. de Imo. in d. §. Nihil commune, ante fin. 7. col. Et satis remedium c. Reintegranda, vendicat sibi locum, siue per vim ceciderit à possessione, sicut Ioan. de N. per violentiam Domini Episcopi

recidit à possessione, siue per negligentiam, siue per quamcunq; aliam causam; Ergo etiam cessante violentia apparet, quod reiicitur exceptio dominii, opposita per Reum, & per illa ibi expresse reprobat limitationem Bald. ibi, & sequacium: & bene, in quantum vult, quod vbi non interuenerit vis, sed clandestinitas, agitur iudicio possessorio recuperandæ possess. contra clandestinũ possit opponi exceptio dominii, *nec obstat text. in l. Si de eo. § fin. quem Bald. ad hoc allegat. ff. de acquir. possess. quia Alexand. optime respondet in dict. § . Nihil commune, in vlt. riga. 6. colum. & in princ. seq.*

Nec obstat quod obiectum fuerit nomine Capituli, Ioan. de N. fuisse seditiosum, & in crimen læsæ Maiestatis incidisse, quia hoc non fuit probatum: præterea si probatum fuisset, quod seditionem fecerit, & quod incurrisset crimen læsæ Maiestatis, sicut tamen non est pro-
7 batum: † quod quidem crimen læsæ Maiestatis potest committi aduersus inferiores dominos terrarum, per eorum subditos, & non solum contra Papam vel Imperatorem. l. Nemo, ibi, Reus etiam Maiestatis de domino. C. de Episcop. audien. vbi de hoc est melior textus de iure tamen pœna, de qua loquitur lex Quisquis. scilicet quod etiam bona committentis crimen læsæ Maiestatis confiscentur. C. Ad l. Iul. Maiest. solum habet locum contra attentantes contra personam Imperatoris, *secundum Paul. de Cast. in d. l. Nemo. in 2. colum. in versic. Item nota ex text. ibi Reus etiam.* Imo quando ipso iure imponitur pœna confiscationis bonorum, vt alia crimine hæresis, vel læsæ Maiestatis, contra suum principem, Papam scilicet, vel Imperatorem, tamen adhuc requiritur sententia declaratoria, seu declaratio Iudicis, antequam fiat executio, *per text. ad literam, in c. Quum secundum leges, in § . Confiscationis. & ibi Archidiac. Ioan. Andr. & cæteri de hæret. in 6. in c. 1. de homicid. in 6. & probatur in 4. eius qui delationem. in prin. ibi, dum dicit: Verum oportet constare prim, & de crimine pronunciare & ibi pulchre Bart. ff. de iure fisci.* Quare sequitur, quod quum Ioan. de N. cedens nec conuictus, nec confessus fuerit de seditione, nec per sententiam talis declaratus, q̃ nulla potuit fieri executio contra eum, tanq̃ seditiosum: Imo si contra eum probatum fuisset, quod fuisset seditiosus, & ita per sententiam declaratus, quorum tamen nullum factum est, quod tamen adhuc non incurrisset pœnam criminis læsæ Maiestatis, *de qua in d. l. Quisquis,* quum nihil attemptauerit contra personam Imperatoris, sicut etiam nihil attemptauit contra personam Episcopi.

Ex quibus iam euidenter infertur, prætensam exceptionem seditionis non obstare Actoribus & cessionariis, & sic nihil facit contra Actores, quod communiter tenent Legistæ in d. l. Qui stipendia, quod quando cessionarius agit directa actione, quod tunc obstet ei exceptio, quod cedens fuerit damnatus vel excommunicatus, secus si vtili, quia tunc non obstat cessionario. Sed vt apparet, hic non sumus in terminis, imo si præfati Actores non potuissent intentare directam, quia cedens fuisset seditiosus, vel alia ei exceptio opponi potuisset, quæ repelleret ipsum ab agendo, & taliter declaratus fuisset, quorum tamen nullum factum est, tamen talis exceptio non obstaret agenti vtili actione, *secundum Doctor. in dict. l. Qui stipendia,* quæ vtilis vt sustineretur libellus, isto casu intelligeretur intentata, propter prædictam clausulam salutarem.

8 Et † quod remedium c. Reintegranda, competat etiam laicis & agentibus pro rebus prophanis, tenet Barto. in d. l. Si coloni. Anto. de But. in d. c. Cum ad sedem. Lud. Roma. in l. Quirem. ff. de acquir. possess. licet gloss. quam ibi sequitur Calder. in d. c. Quum ad sedem, videatur tenere contrarium; tamen dicit Ioan. de Imo. ibi; Quod licet illa opinio Cald. forte de iure sit verior, tamen illa opinio, quod etiam competat laicis, communiter tenetur & seruatur, & ideo in practica seruanda est, *per l. Minime. ff. de leg.* Idem tenet pulchre Alex. de Imo. in Consi. 6. *incip. Viso processu causæ, mihi ad fin. 2. col. vers. Capio secundum dubium, cum prin. seq. cum concord.* Et subiungit, quod ita sæpenumero vidarit obseruari, in 3. vol. Et hæc sufficiunt ad probandam responsionem datam, quantum attinet ad causam vertentem inter validos de N. Actores, & cessionarios, ex vna, & præfatum Capitulum altera ex partibus. Sed alia pars responsionis respiciens impetitionem H. F. probatur per tex. ad lite. in c. Frequens, alias 1. in prin. de resti.
spolia. in 6. † vbi deciditur, quod exceptio spoliationis à 9
tertio factæ in ciuilibus non possit opponi ad differendũ iudicium, & sic est ibi casus ad literam, quod exceptio spoliationis non possit opponi contra tertium agentem, vt scilicet differatur iudicium, *& ibi Canonist. Doct. in c. Olim. la 2. & ibi præcipue Panor. in penul. col. vers. Ego puto, de restit. spol. at.* Item exceptio dominii opposita agenti iudicio possessorio recuperandæ possessionis à tertio, qui scilicet dicit rẽ non esse restituendam illi, quia sit sua, admittenda est, quia ratio quæ militat contra spoliantem, non militat contra tertium *l. Bona fides. ff. deposit. secund. Anth. de Butr. in d. c. In literis. Ange. in d. l. Si quis ad se fundum.* & idem notat Panor. in d. c. In literis, ex gloss. ibi, iuncto tex. quod scilicet priuilegium possessorii, vt illud intentans non possit reconueniri super petitorio, non habeat locum contra tertiũ opponentem de dominio suo, & ita qui dicit rem suam esse. *Idem tenet Alexa. de Imo. in d. § . Nihil commune, ante fin. 11. col. vers. Dec mo iecto fallit.* Et quod consuetudo prædicta, videlicet, quod maritus succedat vxori decedenti ab intestato sine liberis, sit de iure valida, & quod virtute huiusmodi consuetudinis bona Dominæ N. quæ sine liberis ab intestato decessit Iure hæreditario pertinuerint ad Ioan. de N. est sine dubio, *vt probatur in l. de quibus, cum ibi not. ff. de leg. § . Ex non scripto. Instit. de iure nat. gent. & ciuili, Legist. in l. 2. C. quæ sit long. consuet.* Vincit enim consuetudo legem *d. § . Ex non scripto. c. Cum dilectus. c. Cum consuetudinis, & c. fin. de consuetu.* Statuta enim & consuetudines locorum sunt ius ciuile in illis locis, in quibus sunt. *l. Omnes populi. ff. de Iust. & iur. & Ius ciuile. 1. d.* Cum ius Ciuile mandat seruari consuetudines iuribus supra alleg. *& ita etiam pulchre decidit Panor. super Rubr. de consuet. in fine.*

THEMA CONSILII XIIII.

Quod renunciatio facta à filia, etiamsi Iuramento sit firmata, non obstet, quin possit institui hæres in testamento, & quod testamentum alias legitime factum, vigore renunciationis non possit impugnari, &c.

SVMMARIA.

1 *Pactum de futura successione nullius est momenti, siue sit affirmatiuum, siue negatiuum.*
2 *Si tamen negatiuum sit, & Iuramento firmatum, tenet.*
3 *Idem si est consuetudo loci, in quo est facta illa renunciatio, quod valeat sine Iuramento, &c.*
4 *Filia renuncians hæreditati futuræ paternæ, maternæ, vel fraternæ, etiam sub iuramento, potest nihilominus ex testamento succedere, &c.*
5 *Idem si expresse renunciasset succedere ex testamento patris, & in testamento esset hæres instituta.*

6 *Consuetudo vel statutum disponens, quod pactum de succedendo affirmatiuum valeat, est nulla.*

7 *Quod non potest fieri per pactum, quia contra bonos mores, nec consuetudine vel statuto induci potest.*

8 *Frater non tenetur fratrem instituere heredem, neque habet querelam inofficiosi, nisi instituta sit persona turpis vel infamis, &c.*

CONSILIVM XIV.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter visis & ponderatis instrumentis dotalitiis inter N. & N. confectis, Copia testamenti, &c. & contingentia facti mihi in quadam instructione transmissa; ad quæstiones propositas breuibus respondeo; Quod N. de N. sorori suæ bona sua hæreditaria ac allodialia, non obstante renunciatione ab illa, de bonis paternis, maternis, & fraternis facta, etiamsi talis renunciatio esset iurata, possit per legitimum testamentum relinquere, & illam heredem instituere. Nec poterit tale testamentum, si alias legitima sit conditum à fratribus, vigore renunciationis impugnari, &c. Est enim expressi iuris, ex quo tempore prædictæ renunciationis factæ à sorore fratribus suis, ipsi fratres fuerint in vita, prout hodie sunt, quod talis renunciatio hæreditatis futuræ, fuerit & sit ipso iure nulla, pro tanto, quod non obstante tali renunciatione, sic contingeret vnum ex fratrib. illis sine testamento decedere, relicto alio fratre, prædicta soror vna cum fratre succederet fratri defuncto ab intestato, per textum vulgarem ad literam in l. pactum dotali, vbi habetur: Pactum dotali instrumento comprehensum, vt contenta dote quam in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris autoritate improbatur, nec intestata patri filia succedere hac ratione prohibetur. C. de collatio. & sic est ibi text. ad literam; Quod pactum negatiuum de non succedendo, scilicet in futurum, nihil valeat, quia est de futura successione;
1 Ergo † nullius roboris, neq; momenti, siue sit affirmatiuum de succedendo, siue negatiuum de non succedendo *d. l. pactum dotali. & l. pactum quod dotali. & l. fin. C. de pact. l. si quando. §. 1. C. de inoffi. testa. l. ex eo. C. de inu. stip. l. stipulatio hoc modo concepta. cum simil. ff. de verb. oblig.* Et de pacto de non succedendo est etiam bonus tex. in l. fin. qui etiam ponit rationem illius regulæ. ff. de suis & legit. hæred. vbi inquit Iurisconsultus: Pater instrumento dotis comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid amplius ex hæreditate patris speraret. Eam scripturam ius successionis non mutasse constat: priuatorum enim cautiones legum autoritate non censeri. Ex quibus patet euidenter, quod non obstante prædicta renunciatione de hæreditate fratris futura filia succedat fratri ab intestato in prædicto casu,
2 molto magis in testamento: † Nisi filia, mediante iuramento renunciasset etiam non succedere fratribus, quia tunc tale pactum renunciationis futuræ successionis fraternæ fuisset iuramento firmatum, & ideo fratri ab intestato succedere non posset, cum illud iuramentum non vergat in dispendium salutis æternę, nec in alterius detri-
3 mentum redundet *c. 2. de pact. in 6.* Vel † nisi esset consuetudo loci illius, in quo est facta dicta renunciatio, quod tale pactũ etiam sine iuramento valeret, tunc etiam prohiberetur ab intestato fratri succedere: quia licet de iure non valeat pactum de non succedendo, per iura supra allegata, tamen validatur consuetudine in locis, in quibus vigeret consuetudo, tale pactum valere, *per tex. in c. 1. de filiis natis ex matri. ad mor. contract. c. filij instit. si de feu. fue. contr. int. do. & agna. vas. secundum communiter DD. maxime Bal. Angel. Paul. de Cast. Alexan. de Imo. & post eos dom. Iason. in d. l. pactum dotali. C. de collat.* Tamen dato quod prædicta domina & soror firmasset renunciationẽ suam corporali iuramento de non succedendo fratrib. suis, tamen nihilominus posset fratri, non obstante iuramento, ex testamento succedere, si scilicet eam in totum vel pro parte hæredem institueret, quia d. c. 2. de pactis, in 6. solum loquitur, & procedit in
casu intestati; † Quod si filius vel filia renunciauerint hæreditati paternæ vel fraternæ, futuræ, quod scilicet propter iuramentum prohibeatur succedere patri, matri, vel fratri ab intestato; Sed vbi filia esset instituta à patre, matre, vel fratre, per talem renunciationem iuramento vallatam non esset exclusa à successione testamenti, quia si contrarium diceretur, tale pactum auferret liberam testamenti factionem, contra d. l. pactum quod dotali. Ita pulchre decidit Bar. *in d. l. stipulatio hoc modo concepta, (mihi, in 1. col.) vers. facio aliam qu. in fi. ibi scilicet: Sed si pactum fuerit.* Idem tenet expresse Bal. in d. l. pactum dotali. *(mihi, in 2. col.) ver. Tertio,* vbi decidit, quod per talem renunciationem filia non prohibeatur succedere patri ex testamento, *per d. l. fin. C. de pactis. & d. l. stipulatio hoc modo.* alias enim impediretur testamentum patris, quod esset absurdum. *Richar. de Sal. & Salyc. in d. l. pactum. C. de pactis. Io. de Imo. in l. qui superstitis. ff. de acquir. hær.* not. Alex. de Imo. in d. l. stipulatio. *in fi. 2. col. vers. & iuxta hoc, cum principio sequentis,* allegans ad hoc text. in l. si patronus non aluerit lib. vbi disponitur; Quod licet si patronus non aluerit libertum, lex Aliescentia adimat ipsi & libertis eius hæreditatem, tamen subiungit ibi litera: Nisi hæres institutus sit, & bon. poss. præterquam secundum tabulas. ff. de bonis liber. & c. 1. de renunc. vbi clericus abiurans beneficium petere, tamen non obstante iuramẽto poterit postea illud licite obtinere, si de nouo ad illud eligatur. Et ad propositum nostrum optime accedit quod notanter decidit Bald. in c. ad nostram, *la 2. in 2. col. vers. pone filia renunciauit. de iureiur.* & text. ibi, inn. glo. in verbo, probarent, ibi scilicet: sic ergo iure legenti, possunt isti reperere vsuras, quasi ex vna causa superuenienti. Quod si filia renunciauerit cum iuramento hæreditati patris viuentis, in manibus fratrum & patris, tandem pater in suo testamento fecit filiæ legato quodã, vel vult, quod non obstante iuramento, succedat æquis portionibus cum fratribus, quod tamen filia, non obstante iuramento suo, poterit petere portionem hæreditatis paternæ, licet videatur in contrarium facere, cum iuramentum etiam fuerit fratribus præstitum, & ex eo ipsis ius quæsitum, & sic pater non potuerit iuri ipsorum filiorum renunciare, & assignat ibi duas rationes. Prima, quod iuramentum potest relaxari ex testamento, quia agitur ex noua causa, de qua non fuit prius cogitatũ. Et sic in proposito nostro alter frater non posset obiicere sorori suæ, si institueretur hæres in totum, vel pro parte; Quod frater institutionis non posset sibi præiudicare in iure, sibi prius quæsito ex renunciatione sororis ipsius, quia iam agitur ex noua causa, scilicet ex testamento, de qua causa non fuit prius cogitatum, sed solum de causa intestati, & sic de causa successionis intestati. Nec est verisimile, quod prædicti fratres voluerunt sibi auferre facultatem testandi, seu liberam testamenti factionem, sicut etiam non potuissent, cum sit contra bonos mores, vt ex supra adductis patet. Si ergo neutri fratrum oblata est libera testamenti factio, ita quod possit pro arbitrio suo instituere etiam hæredem extraneum; Multo minus prædicto fratri prohibitum intelligitur instituere sororem suam; vel ei prohibitu suo, in testamento suo legare. Quod confirmatur etiam ex pulchra decisione Bal. in d. l. fi. vbi decidit not. † Quod si filia expresse etiam renunciasset non 5

succedere ex testamento patris, siue in manibus patris, siue in manibus patris & fratrum simul, tamen si pater instituat filiam hæredem suam in testamento, quod nō obstante renunciatione iuramento firmata, possit succedere patri. *d. l. fin. Et illud dictum Bald. tenet Roma. in d. l. stipulatio, & in d. l. pactum dotali, & Sal. in l. pactum quod dotali, & c. notanter D. Iason in d. l. stipulatio, (mihi, in 7. colum.) versic. secundo & ad hoc facit.* Per quæ etiam iam patet prædictæ dominæ non obstare etiam consuetudinem loci, quia si vigeret huiusmodi consuetudo, solum haberet locum in casu intestati, non autem in casu testati: & ita in successione ex testamento, nec consuetudo posset extendi ad causam testamenti, cum per eam auferretur libera facultas testandi
6 contra d. l. pactum, cum simil. † Ideo non valeret etiam consuetudo vel statutum, quod pactum affirmatiuum de succedendo teneret, quia esset contra bonos mores,
7 cum auferret liberam testandi facultatem; Ergo † statuto vel consuetudine induci non potest, cum illud quod nō potest fieri per pactum, eo quod sit contra bonos mores, non potest etiam induci consuetudine vel statuto, *secundum Bart. in l. omnes populi, in 3. q. principali. ff. de iust. & iur. & ita in terminis illis tenent Alexan. de Imol. & Moderni in l. pactum quod dotali, reprobando Bald. in hoc, in l. cum Aurhimedoram. C. vt in poss. legato. Moderni in d. l. pactum dotal.* Ex quibus omnibus iam luce meridiana clarius infertur, quod prædicta renunciatio sororis, etiamsi iureiurando vallata esset, non obstaret ei, quo minus fratri suo ex testamento succedere
8 posset: Sed † expeditum est, quod frater non tenetur fratrem in testamento suo hæredem instituere, sed potest etiam quemlibet extraneum instituere hæredem: nec datur alteri fratri contra tale testamentum fratris querela inofficiosi testamenti, nisi instituta persona turpi vel infami. *l. fratres. C. de inoffi. testa. §. soror. institu. eo. tit. &c.*

THEMA CONSILII XV.

Forma conficiendi testamentum solenne in scriptis, &c.

SVMMARIA.

1 *Forma testamenti in scriptis à quo inuenta.*
2 *Tutius est testari in scriptis, propter duas causas.*
3 *Modus testandi in scriptis, &c.*
4 *Non est de substantia, vt testes nesciant tenorem testamenti, quia licet sciant, per hoc testamentum non vitiatur, cautius tamen est quod nesciant.*
5 *Testes requiruntur in testamento in scriptis, mares 7. numero, qui debent esse rogati, & se subscribere & sigillare, eodem loco & tempore, non interueniente actu extrinseco, nisi ex necessitate naturæ.*
6. & 7. *Forma subscriptionis testatoris, & testium.*
8 *Notarius adhibitus & rogatus, vt conficiat instrumentum, quomodo testator corā testib. confiteatur in ostensa scriptura comprehendi suum testamentum, & quomodo fuit sigillatum & subscriptum à testibus, facit plenam fidem, sine alia probatione, vel publicatione iudicis.*
9 *Forma subscriptionis notarij in testamento in scriptis, &c.*

CONSILIVM XV.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Ad quæstionem mihi propositam breuiter respondeo; Quod volens condere testamentum solenne in scriptis debeat obseruare solennitates infra positas. Et pro clariori declaratione prædictæ quæstionis † est
1 sciendum, quod forma testamenti in scriptis non fuit inuenta à l. 12. tabularum, sed à prætore propter illos qui volebant aliter testari, quod nullus sciret specie voce facta, & introduxit prætor bonorum possessionem secundum tabulas, sed postea Imperator approbauit hanc formam testandi in scriptis, specificando & exprimendo, quæ sint in ea necessaria, quam formam ponit textus in l. hac consultissima, in princ. Cod. de testamentis, & Ioan. Fab. in § possunt, *in vltima colum. versic. in gloss. etiam linteum.* Instit. de testamentis dicit, quod sit valde cautum, ita testari taliter, quod nullus sciat quid in testamento contineatur, & hoc propter duo: † Primo, ne illi qui sperant 2
habere emolumentum ex testamento, prouocentur ad odium, si nullum emolumentum capturi sint, vel exhæredentur. Secundo, ne illi quibus legata relinquuntur, vel qui instituuntur, captent vel procurent mortem testatoris, ad finem, quod non mutet testamentum, vel vt citius capiant quod se habituros sperant, &c. † Modum 3
autem testandi in scriptis ponit Speculator, in tit. de instrumentorum editione. §. vt autem testamentum, Ioan. Fab. vbi supra, qui etiam apertius loquitur, & recolligendo omnia, tale testamentum in scriptis debet ita ordinari, vt supra scriptum est, in d. l. hac consultissima, vbi duodecim requiruntur, vt patet ex specie literæ ibi. Nam primo redigitur in scripturam priuatam, vel manu ipsiusmet testatoris vel alterius personæ etiam serui. l. seruus. ff. de testament. vbi deciditur. Seruus licet alienus testatoris iussu testamentum scribere non prohibetur. Et in hoc l. iubemus. C. eodem titul. est correcta per Authenticam ibi positam, quia antea necesse erat, in testamento in scriptis, quod testator manu propria scriberet, & ita per eam reditum est in hoc vltimo, ad d. l. hac consultissima, & si testator per se scribit testamentum, & hoc continetur in schedula, siue charta testamenti, non est opus, quod se subscribat, tamen potest si vult. Secundo, quod illa scriptura occultetur, & non ostendatur testibus, tamen † secundum Paul. de Castr. & Moder. in d. 4
l. hac consultissima, hoc non est de substantia, quia etiamsi testes scirent, per hoc non vitiaretur testamentum. Cautum tamen est quod non sciant, vt supra ostensum est. Tertio, quod testator dicat testibus præsentibus, quod in tali scriptura continetur suum testamentum, & sic sciunt saltem implicite. † Quarto, quod sint septem 5
testes numero. Quinto, quod tales testes sint rogati. Sexto, quod testes sint puberes, tempore scilicet conditi testamēti. Septimo, quod sint ciues Romani, id est, quod sint homines liberi, supple secundum Paul. de Castr. ibi, vel pro liberis habiti communiter tempore testamenti conditi. Octauo, quod se subscribant. Nono, quod etiam sigillent suo vel alieno sigillo. *l. si vnus, Cod. de testamentis.* Decimo, quod etiam testator se subscribat & sigillet, si scit scribere, alias debet adhibere octauum testem, qui se subscribat loco eius. Vndecimo, quod hæc omnia fiant eodem loco & tempore, nullo penitus actu extrinseco interueniente, nisi actus extrinsecus superueniret ex necessitate naturæ, *vt l. casus. l. cum antiquitas. Cod. de testamentis.* Tamen non est necesse, quod principium scripturæ, in qua continetur testamentum, fiat tunc temporis, cum testes rogantur, & adhibentur, vt se subscribant & sigillent, sed potest fieri dudum ante, *vt patet versic. in omnibus, in d. l. hac consultissima, &c.* Item vltra prædicta requiritur, quod testes sint mares, & non fœminæ. *l. qui testamento. §. mulier. ff. de testamentis.* Et † subscriptio testatoris debet talis esse: 6
Ego N. volo, quod ista charta sit testamentum meum, & sicut in ea continetur & scriptum est, ita testatus sum. Et post subscriptionem testatoris, testator statim faciat testes se subscribere, in eodem tempore & instantia; subscriptio † vero testium testamenti debet esse talis: 7
Ego

Ego N. vocatus & rogatus in testem ad testamentum tale, quod hæc schedula continet, quod mea manu propria subscripsi, & tali signo, vel sigillo meo signaui. d. l. hac consultissima, & melius l. penult. ff. eod. tit. vbi dicit text. Singulos testes, qui in testamento adhibentur, subaudit ibi glo. scilicet in scriptis, proprio chirographo annotare conuenit, quis & cuius testamentum signauerit, per quem text. Bartol. ibi dicit, quod testis debeat sic se subscribere: Ego talis assero me adhibitum esse in testem præsenti testamento facto per talem, ideo manu propria me subscripsi, & meo sigillo sigillaui, & Ioan. Fab. in d. §. possunt, in fine ponit formam, qualiter scilicet scriptura talis testamenti in scriptis debeat esse ordinata, & prorumpit in hæc verba: Et fiet sic; Primo recipies satis de pergameno, & in prima parte scribes totam ordinationem tuam, & plicabis in rotulo, & plicato rotulo remanebit tantum de pergameno, quod possint fieri subscriptiones, & quando fuerint factæ, plicabis totam chartam & in quadro, sicut plicantur Bullæ Romanæ curiæ, & inuolues in pano seu linteo, & illud linteum ita large, quod possint poni chordæ ad latera, & de subtus quæ transibunt per linteum, ex illis chordis pendebunt sigilla, & erit bonum si ponantur duo sigilla ad quodlibet latus, & de subtus tria, si non habes linteum ponas in rotulo rotum, & recipe chordas vel liccas de pergameno, quas per forato pergameno ligas per vltimam superficiem rotuli, & claudas eum sigillis, & sic de consuetudine clauduntur attestationes testium. Et quamuis iure non caueatur, bonum erit subscribere diem & locum, & hoc not. Azo in summa, an ita clare, vide ibi. Præterea quando testamentum est factum secundum formam d. l. hac consultissima & ita scriptum manu priuata testatoris, vel alterius, & à testibus subscriptum & sigillatum, interim dicitur scriptura priuata, nec fidem facit antequam publicetur coram iudice, *secund formam de qua in l. 1. ff. quemad. test. aper. & in l. 2. C. de testamentis* Ideo si testes interim morerentur, non valeret illud. Hinc etiam Bart. in l. 1. ff. quemad. testa. aper. dicit, quod periculum sit facere testamentum
8 in scriptis; Tamen † si notarius est rogatus à testatore, quomodo testator profiteretur, illud esse suum testamentum, & quomodo fuit sigillatum & subscriptum à testibus, tunc illud facit fidem, sine alia probatione vel publicatione iudicis. Ita dicit not. glo. in d. l. 2. ff. quemad. testa aper. quam sequitur ibi Iac. Butr. Bart. & communiter DD. & subiungit ibi Bart. Si enim creditur notario in testamento nuncupatiuo, vbi rogatus est tam de tenore testamenti, quam de solennitate, multo magis creditur sibi in hoc testamento in scriptis, in quo est rogatus de solennitate tantum, & dicit Io. de Imol. ibi, quod ista mens sit Bart. post gl. & bene, in hæc verba prorumpens: Vnde videtur quod gl. debeat intelligi, quando notarius in residuo chartæ, quæ superest post clausuram, vel super ista charta clausa ex latere superiori scribat in effectu hoc
9 modo: † Pateat vniuersis hanc scripturam inspecturis, quod talis, &c. coram me notario, & testibus hic subscriptis publicè dixit, quod illud testamentum sic ligatum, subscriptum & sigillatum, erat suum testamentum: Et de hoc me rogauit, vt publicum conficerem instrumentum coram testibus præfatis, ad hoc etiam rogatis. Nam tunc videtur quod tale testamentum faciat etiam fidem, si notarius apposuit suum sigillū, licet alias tenor testamēti non sit scriptus per manum tabellionis, sed manu testatoris, vel alterius priuati. Et hoc videtur fuisse de mente Bartol. hic, dum dixit, quod notario debet credi in testamento in scriptis de solennitate testamenti, quia creditur in nuncupatiuo etiam de voluntate, &c.

THEMA CONSILII XVI.

Qualiter conuentiones & pacta præiudicialia non possint præiudicare aliis non consentientibus; Et quomodo ratione enormissimæ læsionis quis possit rescindere transactionē, &c.

SVMMARIA.

1 *Fœmina regulariter in feudo non succedunt, nisi consuetudine vel inuestitura admittentur.*
2 *Consuetudo potest mutare dispositionem iuris communis.*
3 *Diffidationes priuatæ sunt a iure communi prohibita.*
4 *Non debet quis se propria autoritate vendicare, vel aliquam rem inuadere.*
5 *Compositio inter alios facta, aliis non consentientibus, nec prodest, nec nocet.*
6 *Feudum antiquum, etiam cum consensu domini, in præiudicium agnatorum, sine eorum consensu alienari non potest.*
7 *Res prohibita alienari extra familiam, potest alienari omnibus de familia consentientibus, nec tamen postea nascituris præiudicant, &c.*
8. & 10. *Sine mandato speciali, vel cum libera, non potest quis alterius nomine transigere vel paciscí, ita nec compromittere.*
9 *Compromissio censetur quædam transactio, &c.*
11 *Quando actus solum vitiatur ex defectu consensus, ratihabitio retrotrahitur, & mandato æquiparatur.*
12 *Non tenetur quis ad obseruantiam actus seu contractus, quando sibi per aliam partem non seruatur.*
13 *Quod procedit durante impugnatione, secus ea finita.*
15 *Minor vt habeat restitutionem aduersus factum suum, quæ requirantur.*
16 *Minor eo ipso quod renunciat iuri suo, intelligitur læsus, ita vt læsionem aliter probare non teneatur.*
17. & 14. *Quod remedium l. 2. C. de rescind. vend. habeat locum in transactione.*

CONSILIVM XVI.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus qui proponitur, talis est: Nobiles de N. antiquitus fuerunt inuestiti ab episcopo & Capitulo M. de domo E. ita quod ipsi & eorum hæredes tam masculi, quam fœminæ, in ea possint & debeant succedere. Iam vnus ex illa familia reliquis inuitis certis quibusdam pactis conuenit cum Capitulo, quod dictū feudum post mortem suam debeat redire ad Capitulū. Eam conuentionem reliqui de familia, tanquam illis præiudicialem, & absque illorum consensu factam, noluerunt admittere, vnde ortæ diffidationes: & vnus ex illis prædictam domum vi occupauit. Quo negocio postea per Comitem N. composito & transacto, de nouo inter Capitulum & possessorem conuentū est, quod certis quibusdam bonis dimissis reliqua debeat obtinere in feudum, à Capitulo, pro se & hæredib. suis masculis, fœminis exclusis. Post mortem vero possessoris noua oriuntur de illo feudo iurgia, quia cognati Capitulo mouent controuersiam, asserentes, suum ius illis per illam transactionē tolli non potuisse. Et cum vna ex cognatis causam maxime vrgeret, à præfato Comite N. dies partib. indicta est, ad quam dum prædicta mulier misit filium suum, annos forsitan natum 16. compromisit absque mandato in Comitem, ita vt negotium hoc pro suo arbitrio dirimeret Comes, de voluntate partium tulit arbitrium, vt præfata mulier acceptis quingentis liti cederet. Eam compositionem postea vult impugnare filius tanquam enormiter læsus. Quæritur, vtrum ea sua, vel etiam matris persona admitti possit: & deciditur, vt in sequentibus parebit.

Omnis

1 Omiſſis ſuperfluis, primo † ſciendum eſt: licet fœmi-
næ regulariter non ſuccedant in feudis, quia natura feudi
hoc dictat, cum pugnare non poſſint; tamen ſi hoc ſpe-
cialiter ſit in inueſtitura expreſſum, vel feudum ſit fœ-
mineum, tunc etiam ſuccedunt in eis. *cap. Hoc autem notan-
dum, in tit. de his qui feudum dare poſſ. cap. filia vero, in tit. de feudi
ſucceſſ. cap. 1. in tit. quemad. feud. ad fil. perti. cap. 1. in tit. de his qui ſibi
hæredibusque. cap. 1. in tit. de nat. ſucceſſ. feudi.* Hinc etiam valet
conſuetudo, quod fœminæ ſuccedant in feudis, quia per
illam conſuetudinem reuertitur ad ius commune, quo
filii maſculi & fœminæ pariter ſuccedunt. *l. maximum vi-
tium. Cod. de liber. præter. vel exhæred. l. hic vnus. §. quod & in ſpecie.
ff. de pact. Andr. de Iſer. & Nicol. de Neap. in d. §. hoc autem notan-
2 dum. Aluar. in ca. & quia, eodem tit.* † cum conſuetudo poſſit
etiam alterare diſpoſitionem iuris communis. *l. de quibus.
cum ibi not. ff. de legib. leg. 1. & 2. cum ibi notat. Cod. quæ ſit long. con-
ſuet.* licet enim legum Romanarum non ſit vilis autori-
tas, nō tamen vſq; adeo vim ſuam extendunt, vt vincant
conſuetudines. *d. l. 1. & 2. cum ibi nota. cap. 2. in tit. de feud. cog.* &
probatur per bonum text. cum ibi notatis in c. ſignifica-
uit, de reſcriptis, vbi habetur, quod fœmina poteſt etiam
ſuccedere in dignitate Regali, vt ibi in Comitatu, ſi hoc
habeat conſuetudo: per quæ iam claret, quod fœminæ
etiam poſſint ſuccedere in feudis, requirentibus etiam
ſeruitium perſonale, & ſic quorum natura eſt, vt ſolum
in eis ſuccedant maſculi, ſi hoc habeat inueſtitura, cum
tenor inueſtituræ in feudis omnino ſit attendendus. *ca. 1.
in fi. in tit. de duo. frat. à cap. inueſt.* vel ſit feudum fœmineum,
vel conſuetudo loci hoc habeat. Quare in terminis no-
ſtris maſculi & fœminę ex linea materna familiæ illorum
de E. in prædicto feudo, non habente propriam naturam
feudi, domus ſcilicet de E. Als eins Pachtguts / ex inue-
ſtitura Capituli & longo vſu, vltra memoriam hominum,
vna cum maſculis & agnatis eiuſdem familiæ ſuccedere
poſſunt, ſicut à ducentis annis æqualiter cum ipſis ſuc-
ceſſerunt. Cum ergo ex inueſtitura, ſeu vſu tanti tempo-
ris, cognati & agnati, in tali feudo æqualiter admiſſi fue-
runt, ſequitur quod alienatio ſeu tranſactio, ſiue compo-
ſitio, facta per Ludo. de E. in Capitulum ſine conſenſu co-
gnatorum, de linea ſcilicet materna, eis nō potuerit præ-
iudicare, quo minus per eos talis alienatio etiam intra 30.
annos reuocari potuiſſet, & Capitulum ipſis tale feudum
reſtituere obſtrictum fuerit, cum alienatio non fuerit fa-
cta in aliquem cognatum vel agnatum, non obſtante,
quod Capitulum M. Eccleſiæ, in quod alienatio facta
fuerit, conſenſerit, *vt optime probatur per text. in cap. Tit. ut filios
maſculos. iuncta gl. not. ibi, in verbo, per annum, communiter appro-
bata per DD. in tit. ſi de feud. fuer. contro. inter dom. & agnat. vaſalli.
& in cap. 1. in tit. de alie. feud. pater.* quia vt apparet in terminis
dictorum iurium, & in propoſito, eſt eadem ratio; Ergo
idem ius *l. illud, cum ſimilib. ff. ad l. Aquiliam.* Non tamen præ-
terea licuit Thomæ ab E. diffidare præfatum Capitulū,
& prædictam ciuitatem, † cum huiuſmodi diffidationes
3 priuatæ etiam à iure communi prohibitæ ſint. l. Hoſtes.
ff. de capti. & poſtli. reuer. vbi dicitur: Hoſtes ſunt, qui-
bus bellum publice populus Romanus decreuit, vel ipſi
populo Romano. Subiungens: cæteri vero latrunculi,
vel prædones appellantur. *l. Hoſtes. ff. de verb. ſig.* Item † cla-
4 rum eſt, quod inuadens citra ordinem iuris poſſeſſionem
rei, ſiue apud alium conſtitutæ, priuabitur ea. *l. ſi quis in
tantam. Cod. vnde vi. l. extat, cum ibi not. ff. quod metus cauſa.* Ta-
men de hoc non eſt hic inſiſtendum, cum Capitulum
poſtea fecerit compoſitionem, ſiue tranſactionem cum
illis ab E. Anno ſcilicet M. D. XVII. Quod autem talis
compoſitio non potuerit in aliquo præiudicare cogna-
tis, qui ſunt ex linea materna prædictæ familiæ de E. qui-
bus ius ante 200. annos ex inueſtitura in dicto feudo, vnd
Pachtgut / acquiſitum fuit. Ex quo non conſenſerunt in
eam, eſt indubitatum per regulam. *l. res inter alios acta. &c.
& per totum tit. in rub. & nigr. C. ne res inter alios acta, &c.* † Con- 5
uentio enim facta cum certis perſonis, non extenditur
ad alios, quare aliis nec prodeſt, nec nocet. *d. l. ſi vnus. §. an-
te omnia.* Idem in tranſactione. *l. 1. in princip. Cod. de tranſactio.*
Idem in renunciatione. *leg. iubemus. Cod. ad Velleia.* Idem in
ſententia. *l. ſæpe. in princip. ff. de re iudica.* Hinc not. decidit Bal.
in l. ſi actionem, & ſequūtur ibi Moder. C. de pact. Quod
ſi ſunt duo vel plures fratres, & vnus eorum maritet ſo-
rorem, dotando ſcilicet eam, & ſoror fecerit ei pactum
de non petendo hæreditatem paternam, quod tamen
non prohibetur ab aliis fratribus petere pro rata eorum,
quia illud pactum factum vni fratri, reliquis non prode-
rit. Ita in propoſito, prædicta compoſitio nihil penitus
potuit, aliis ſcilicet præfatis cognatis in iure eorum in di-
cto feudo vnd Pachtgut nocere. Item † feudum antiquū 6
etiam cum conſenſu domini feudi per vaſallum ſine cō-
ſenſu agnatorum, in eorum præiudicium alienari non
poteſt. *d. cap 1. de alie. feud. pater.* Ergo à paritate rationis non
potuit dictum feudum alienari, ſine conſenſu ſæpe no-
minatorum cognatorum. Et prædicta confirmo; Nam
clarum eſt, vt iam etiam breuiter oſtenſum eſt, quod di-
ctum feudum à iure prohibitum fuit præfatis agnatis, ſi-
ne conſenſu cognatorum, æquale ius in eo habentium,
alienari in Capitulum M. licet ſit regula; † Quod res pro- 7
hibita alienari, extra familiam ſuam per teſtatorem poſ-
ſit alienari, omnibus de illa familia conſentientib. *l. quo-
ties. C. de fideic.* Tamen hoc ſolum procedit, quod iſti qui de
familia conſenſerunt, non poſſint reuocare, nati tamen
poſtea, reuocare, nihilominus poſſent, cum intelliguntur
omnes de familia, non ſolum præſentes, ſed etiam naſci-
turi. Ita probatur per tex. in l. ſi cognatus, ibi ſcilicet: Cer-
te ſi quis, vbi dicitur: Si teſtator legauerit cognatis, &
quis tempore conditi teſtamenti non fuerit cognatus,
mortis tamē tempore factus eſt per arrogationem, quod
conſequatur legatum. *ff. de reb. dub. & ita in Lect. decidit Fulgo.
in d. l. quoties, limitando hoc modo eam. allega. l. peto. §. fin & vult
eam allegare in fin. cum gloſſ. ſcilicet fin. ff. de lega. 2.* Tamen dicit
D. Iaſon in d. l. quoties. *verſ. ſecundo limita, & bene,* quod d.
§. fin. non probet iſtud dictum, quia ibi deciditur: Quod
ſi teſtator prohibuerit alienare domum extra familiam,
quam per fideicommiſſum reliquerat familiæ, & domus
fuerit alienata, quod poterint etiam reuocare eam, qui
nunc ſcilicet emancipati, cum tempore teſtamenti fue-
rint de familia. *Sed probatur dictum illud per text. in d. l. ſi cogna-
tis, & eſt de mente Ioan. de Ana in conſi. 47. ſubiungens D. Iaſon, No-
ta & liga digito, quia eſt quotidianum.* Quare ſequitur euiden-
ter, quod ſæpe nominati ab E. nihil penitus poterint præ-
iudicare per dictam compoſitionem factam cum Capi-
tulo, quod deinceps de E. teneant præfatam domū cum
ſuis pertinentiis ab ipſo Capitulo, vt feudum maſculi-
num, in præiudicium cognatorum, tam præſentium,
quam futurorum, &c. Quantum autem attinet ad vlti-
mum contractum, ſiue tranſactionē poſt mortem Tho-
mæ ab E. inter Bernhardum ab E & Iuſtum à N. nomine
matris ſuæ factam, primo indubitatum eſt, quod ſi filius
priuatus à matre non habuerit ſpeciale mandatum ad
compromittendum in generoſum Comitem Ioann. à
Sch. & ad ponendum illam cauſam in eius arbitrium,
quod de iure tale arbitramentum eius in nullo obliga-
uerit prædictam dominam relictam Ioan. à N. Nam † ſi- 8
ne mandato ſpeciali, vel cum libera, quis alterius nomi-
ne, nec paciſci, nec tranſigere poteſt. *cap. qui ad agendum, de
procur. in 6.* l. tranſactionis. Cod. de tranſact. vbi deciditur,
quod

quod transactionis placitum ab eo interpositum, cui
causæ actionem, non decisionem litis mandasti, nihil pe-
titioni tuæ derogauit. Et per illum text. decidunt ibi in
specie Bald. Sal. Paul. de Cast. Alex. de Imol. & Moderni,
quod quemadmodum procurator constitutus ad agen-
dum, non possit transigere, vt ibi, ita nec facere compro-
9 missum in arbitratorem, † cum censeatur quædam trans-
actio, *secundum gloss. in Authent. Differentes in iudic. in princip.*
quam sequitur Bart. & Legistæ in Authent. Si vero contigerit. Cod. de
10 *iudi.* Et † quod procurator etiam sine speciali mandato,
non possit compromittere, est etiam text. rotundus in c.
per tuas, *quem Panorm. dicit ibi, in 2. not. menti tenendum, de*
arbi. & tamen etiam in d. cap. qui ad agendum, glo. magna in verbo,
pacisci, ibi scilicet. Idem in compromisso, & probatur etiam in l.
mandato generali, per quem text. etiam ibi expresse deci-
dit Bart. quod generalis procurator non potest de causa
compromittere in arbitrum vel arbitratorem, cum ar-
bitramentum sit quædam transactio: subiungens: opor-
tet ergo quod sit ei mādatum, vel quod habeat liberam
administrationem, non dico litis, sed omniū bonorum,
vel illius causæ ff. mādati. Quamuis autem, vt ostensum
est, per procuratorem sine speciali mandato non possit,
nec in arbitrum, nec in arbitratorem compromitti, pro
tanto quod arbitrium vel arbitramentum, sequutum
sit ex defectu mandati, seu solennitatis mandati, nullum
potest tamen à parte approbari seu ratificari, *per text. in*
11 *d. c. per tuas.* †. Ratihabitio enim trahitur retro, & mandato
æquiparatur, *l. fin. Cod. ad S. C. Macedonia. c. ratihabitionem, de*
reg. iur. in 6. & ibi not. c. 1. in tit. de alie n. feud. pater. & hoc est si-
ne dubio, quando actus solum vitiatur ex defectu con-
sensus, *per ea quæ habentur & not. in d. cap. ratihabitionem, in d.*
l. fin. in d. l. 1. Secus si actus vitiaretur ex alio capite, quam
propter consensum, vt quia deficeret forma, quia tunc
ratihabitio non validaretur, quod ab initio non valeret.
l. obseruare, in fin. ff. de offic. proconsf. vt latius per DD. in dictis iuri-
bus, Bart. in l. si vxor. §. si quis vxorem. ff. de adulte. Sed etsi præfa-
ta domina dedisset mandatum speciale filio suo in causa
ista ad compromittendum in præfatum dominum Co-
mitem tanquam arbitratorem, vel arbitramentum suum
postea approbasset, tamen si Bernhard. ab E. huiusmodi
arbitramentum, & ita compositionem pro parte sua non
adimpleuisset, nec adimplere vellet, sed et in quinq; vel
sex articulis contrauenisset. & hodie contraueniret, tunc
adhuc sæpe nominata domina, non teneretur etiam ad
obseruantiam huiusmodi compositionis vel transactio-
nis, vel quasi transactionis: nec Bernh. posset se ex ea iu-
uare, & suam intentionem contra præfatam dominam
fundare. Nam qui non seruat transactionem pro parte
sua, non potest se ex ea iuuare, *l. cum proponas, la 2. C. de pact.*
12 *facit ca. itulum ex eo, de reg. iur. lib. 6.* Item † quis non tenetur
ad obseruantiam contractus, quando sibi non seruatur
per aliam partem. *d. l. cum proponas l. quæro. §. inter locatorem.*
ff. locati, facit l. si ita. §. Seia cauit. ff. de verb. obligat. l. si conueniat.
ff. pro socio, & facit trita & vulgata regula, quæ habet; Quod
frangenti fidem, fides frangatur eidem, *secundum gloss. &*
DD. in d. l. cum proponas. Quod procedit, etiamsi iuramen-
tum interuenisset, *text. est ad literam in cap. 3. & ibi Cano. & c.*
sicut, la vlt. de iureiur. Quare si dominus non seruaret fidem
vasallo, non teneretur ei etiam vasallus iuramentum fi-
delitatis seruare, *glo. est nota. & approbata in cap. 1. in glo. penult.*
de noua forma fide. Imo si sæpe nominata domina mandasset fi-
lio suo, vt compromitteret, vel arbitramentum, vel com-
positionem, postea ratificasset & aduersarius eius, con-
tractum pro parte sua adimpleuisset, vel iam adimple-
re vellet. Nam licet quando quis impugnat cōtractum,
vel ipsum non seruat, alia pars etiam non teneatur ad
eius obseruantiam, iuribus supra allegatis: † tamen hoc 13
procedit, durante scilicet impugnatione, siue non ob-
seruantia, secus ea finita, text. est not. in l. qui Romæ. §.
Seia. ff. de verborum obliga. & ibi Bart. in 1. not. dicit, per
illum textum; Quod qui venit contra transactionem,
vel aliam cōuentionem, & est victus, quod potest redire
ad eam, quem text. Paul. de Castro, in d. l. cum proponas,
dicit menti tenendum esse; † Tamen si ipsa fuisset vltra 14
dimidium in ipsa transactione, etiam re ipsa tantum de-
cepta, siue læsa, arbitror eam, præsertim attentis singulis
circumstantiis istius causæ, de quibus in casus figuratio-
ne, posse de iure petere, quod rescindatur per remedium
d. l. 2. C. de rescin. vendi. vt inferius aliquantulum dedu-
cetur, multo magis posset aduersarium suum Bernh. ab
E. agentem contra se isto casu, Exceptione repellere.
Nam cui datur actio, conceditur etiam exceptio. *l. 1. §. 1.*
ff. de superficiebus. l. creditori, in fin. C. de pactis. Imo facilius datur
exceptio quam actio. *l. iuris gentium. §. sed cum nulla. ff. de pa-*
ctis. l. in bonæ fidei, cum similibus. Cod. eodem titul. Quod autem
Iost ab N. ex eisdem causis post mortem matris suæ, &
aditionem hæreditatis eis præfatam transactionem im-
pugnare posset, est etiam sine dubio, *vt patet per rubr. & ni-*
grum. Cod. de actio. hæredit. & contra hær. incip. Et quod omnia
iura & actiones defuncti actiue & passiue transeant in
hæredem, vel hæredes pro portionibus hæreditariis, pa-
tet per iura vulg. *vt in l. pacto successorum. C. de pactis. leg. 1. Cod.*
si certum petat. l. ea, cum similibus. Cod. famil. herciscund. Nec Io-
sten ab N. posset opponi, quod ipse consenserit in hanc
compositionem, quia cum fuerit, & hodie sit minor, pos-
set petere restitutionem in integrum, aduersus suum
consensum: cum omnia concurrant, propter quæ mi-
nor restitutionem in integrum aduersus factum suum
petere possit, † scilicet quia minor, itē læsus, & hoc dolo 15
aduersarii, vel sui facilitate. dato, non tamen concesso,
quod dolo aduersarii non esset læsus. *l. 1. l. minoribus. l. fin.*
Cod. de restit. mino. l. nam & postea. §. si minor. ff. de iureiur. l. verum.
§. sciendum, cum §. seq. ff. de minor. Et læsio hic etiam aperte
ex hoc claret, quod per hanc compositionem Iost fuerit
enormiter læsus, cum pro modica summa sit renuncia-
tum in effectu prædictis bonis auitis ex linea materna,
quo † casu quando minor renunciauit hæreditati, eo 16
ipso censetur læsus, ita quod læsionem aliter probare
non teneatur, *per l. si iudex. ff. de mino. Bald. Paul. de Cast. & A-*
lexand. de Imol. in dict. leg. post 1 glo. ibi in fin. quam dicit ibi Alexan.
not. pro declaratione & limitatione l. nam & postea. §. si minor. ff. de
iureiur. & glo. in l intra. C. de in integr. restit. quæ vult, vt
eam ibi ad hoc not. Paul. de Castr. Quod minor videtur
læsus eo ipso, quod renunciauit iuri suo, nec habet pro-
bare aliam læsionem. Et ex prædictis causis potest peti
restitutio in integrum, nedum principaliter. *ca. 1. de offi. iu-*
di. l. quod si minor. §. restitutio. ff. de minor. Sed etiam incidenter
per viam replicationis, vel exceptionis. *dict. §. si minor.* Et
sic patet, quod minor solum restituitur contra à se ge-
stum vel factum, dolo aduersarii, vel sui facilitate, in-
teruenienti læsione, vt etiam patet ex verbis Prætoris,
quæ sunt: Prætor edixit, quod cum minoribus 25. annis
natu, gestum esse dicetur, vtique quæ res erit animad-
uertam. *l. 1. §. Prætor edixit. ff. de minoribus, &c.* Et quod Iost
ab N. etiam viuente matre, vel post eius mortem, si non
adiret hæreditatem eius, haberet ius reuocandi huius-
modi compositionem, per quam alienatum est ab eo
omne ius, in dictis bonis E. ex sua propria persona, vide-
tur etiam sine dubio, cum ei fuerit ius quæsitum in eis,
tanquam in auito & antiquo Pacht Feudo, ex inuestitu-
ra, siue concessionibus præfati Capituli M. Ecclesiæ, in-
star feudi paterni. Nam si vasallus filium masculū habēs,

alienauerit feudum antiquum sine consensu filii, filios etiam in vita patris potest tale feudum reuocare, ab eo, in quem facta est alienatio, & translata possessio, restituto precio, quod receperit à parte alienante, *d. cap. Titius, in 2. respon. secundum communem intellectum, vt ibi per Aluarot. & Alex.* Ergo à paritate rationis mater ipsius Iosten, sine eius consensu tale antiquum Pacht feudum, etiam fœminei sexus, in eius præiudicium alienare non potuit, & ita non obstante dicta compositione, videtur ipsum posse reuocare & retractare huiusmodi compositioné: *ad quod etiam accedit dict. cap. 1. cum ibi not. de alie. feud. pater.* Nec ei obstaret quod ipse consenserit, cum posset petare restitu. in integrũ, ratione minoris ætatis & læsionis, saltem sui facilitate, vt iam proxime ostensum est, & l. expressum sit, quod minor, aduersus transactionem in qua reperitur læsus restitui possit. *l. 1. C. si aduers. transactio. &c.* Et licet sit magnum dubiũ; An si quis fuerit in transactione læsus vltra dimidium iusti precii, habeat etiam locum remedium l. 2. C. de rescind. venditio. ad rescindendam scilicet talem transactionem, & difficultas istius passus orta est principaliter propter duas leges, scilicet l. si superstite, in 2. respon. C. de
17 dolo, & l. Lucius. §. fin. ff. ad Trebell. Tamen † omissa hic longa disputatione, arbitror de iure veriorem & æquiorem esse opinionem gl. & Bart. magistri legum, tenentium partem affirmatiuam, scilicet, quod remedium d. l. 2. etiam habeat locum in transactione, secundũ quam etiam alias in ardua causa cõsului ad longum disputando hanc materiam. Et potissimum videtur ista opinio verior & æquior in casu nostro, propter minorem ætatem Iosteo à N. & propter alias circumstantias & qualitates, de quib. in casus positione, præsertim etiam propter antiquitatem prælati Pacht feudi, etiã lineæ fœmininæ. *Et istam opinionem affirmatiuam, tenet originaliter glo. singul. in d. l. Lucius. §. fi. quam sequitur ibi Bar. & Ioan. de Imol. Idem Bart. & Ang. in d. l. 2. de rescin. vend. Bart. Angel. Ioan. de Imol. in l. si quis, cum alter. ff. de verb. obl. Paul. de Cast. in d. l. 2. Ioan. de Imol. in c. Quinta vallis, de iureiur. D. Ias. de mont. Sabin in tractatu de empt. & vend. in 8. q. principali, vbi etiam dicit illam opinionem esse æquam & communem. Eandem opinionem tenet etiam Panor. in c. cum causam, in prin. 3. col. vers. in gl. fi. de empt & vend. licet D. Ias. satis inaduertenter in d. l. si quis cum alter, (nisi, in 6. col.) vers. contrariam opinionem, alleget eum pro alia opinione, & dicat, Alex. etiam ibi pro ista opinione male allegari, & alii, &c. Et licet pro ista opinione varia adduci possent, tamen omissis aliis, pro ea stringit text. abiliter tex. in d. l. si superstite. in vers. sane. si læse nimodice est. C. de dolo licet aliqui Moderni allegent eam pro contraria opinione, sed male.*

THEMA CONSILII XVII.

In hoc Consilio respondetur prætensis quibusdam rationibus, quibus maritus volebat cõtra pacta dotalia, retinere bona paraphernalia vxoris, ipsa defuncta, nulla filia post se relicta.

SVMMARIA.

1 *Indefinite æquipollet vniuersali.*
2 *Dispositio generaliter loquens, generaliter debet intelligi.*
3 *Bona paraphernalia quæ dicantur.*
4 *Pacta dotalia, etiam contra ius commune interposita tenent.*
5 *Dans dotem simpliciter intelligitur eã donare.*
6 *Pacta contra ius quæ.*
7 *Sequentia declarans præcedentia, & ad ea referuntur, & econtra.*
8 *Pactum interpositum contra statutum loci, valet, & illi præiudicat, nisi expresse reprobatum a statuto.*
9 *Legi prohibenti pacta fieri, quia turpia, &c. renunciari non potest. Secus si disponat alias de vtilitate priuata principaliter, licet secundario de publica.*
10 *Facilius tollitur ius speciale, quam commune.*
11 *Res de facili redit ad sui naturam.*
12 *Dispositio, per quam reditur, ad ius commune est fauorabilis.*
13 *Dolus quomodo probatur.*

CONSILIVM XVII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Dominus Cancellarius N. contraxit matrimonium cum honesta virgine K. factis certis quibusdam pactis dotalibus, quibus inter cætera expresse cautum est, & conuentum; Quod debeat seruari cum paraphernalibus, id est, Der Gerade/ in casu quo vxor dicti Cancellarii præmoreretur, secundum consuetudinem prouinciæ: Et postea etiam ex interuallo opposita illa clausula; Quod neutri partium debeant patrocinari aliqua statuta, vel consuetudines particulares, &c. Iam quum prædicta vxor in matrimonio sit mortua, relicto post se filio, sed nulla filia, mater defunctæ, secundum cõsuetudinem prouinciæ, tanquam proximior cognata, petit paraphernalia, ex pactis dotalibus sibi debita, Maritus defunctæ prætendit quasdam causas, propter quas restituere non teneatur. Et primo, quod sit diuersæ religionis; Secundo, quod ille casus non sit in pacto prouisus, quando filium post se relinqueret vxor, cui de suo iure nihil potuerit mittere; Tertio, quod statutum ciuitatis in hoc aliter disponat, quod scilicet in eum casum maritus teneatur restituere Reipublicæ; Quarto, quod ibi sit speciale statutum, excludens extraneos homines, qui non sint ciues, à petitione der Gerade/ rc. Quæritur, vtrum illis se iure tueri possit: & respondatur ad singulas allegatas rationes, quod non releuent, vt patebit ex sequentibus, &c. Et prima responsio propter eius apertam & manifestam veritatem, non eget vlteriori probatione, sed etiam secunda responsio est indubitata, quod scilicet ista dispositio, qua indistincte & indefinite dicitur, Was aber die Gerade belangt/ soll es damit nach Gewonheit deß Lands gehalten werden/ comprehendit etiam nostrum casum, † quum indefinita æquipolleat vniuer- 1
sali. *l. si pluribus. & ibi pulchre Bartol. & l. si ite. ff. de lege. 2. cap. cum dilectus, & c. Ad audientiam de cler. non resid. c. 2. de coniug. lepr.* Et quando indefinita ab homine profertur (sicut in præsentiarum à contrahentibus) & est eadem ratio omnium particularium comprehensorum sub indefinita, tunc sine dubio æquipollet vniuersali. *d. l. si pluribus. d. l. si ita. & l. si is qui. §. vtrum, in fin. ff. de rebus dub. & gl. ordin. in c. vt circa, in verbo, aliorum ecclesiasticorum, in fin. per dicta iura, & ibi Canonistæ, & præsertim Dominicus, de elect. in 6.* Præterea † dispositio generaliter loquens, debet generaliter intelligi. *leg. procurator eius. ff. de procur. l. creditor. §. Lucius, cum similibus. ff. mandati.* Et quod indefinita locutio æquipolleat vniuer- 2
sali, quando non apparet de contraria voluntate contrahentium probatur per text. etiam ad literam, in l. si seruus. §. 1. vbi dicitur, quod constitutio seruitutis, ne scilicet luminibus officiatur, simpliciter facta, licet nulla scriptura sit ambigua: homanius tamen est verbo generali omne lumen significari, siue quod in præsenti, siue quod post tempus conuentionis contigerit ff. de seruit. vrba. prædiorum. *& in c. si Romanorum, iam sin. lib. 19. distinct. &c.* & pro clariori declaratione 1. & 3. Responsionum, præmittendum est. Et primo, † quod bona quæ vxor præ- 3
ter dotem, ducit secum ad maritum, dicuntur bona paraphernalia, *secundum gloss. in Rubr. Cod. de pactis conuentis tam*

super

super dot. & probatur per iura in glo. allega. scilicet in l. si ego. §. dotis autem causa. ff. de iure do. l. fin. in prin. C. de dona. ante nupt. item adde l. hac l. C. eod. tit. de pactis conuentis. Item secundo, quod pacta conuenta tam super dote, quam super donatione propter nuptias, tam super paraphernis pari passu procedũt, *vt patet per rubr. & nigr. Cod. eod. tit. de pactis conuentis, &c. & per tot. tit. ff. de pact. dotalibus.* Sed pacta dotalia simpliciter facta soluto matrimonio, non in vnum casum, scilicet mortis, vel diuortii, sed simpliciter comprehendit vtrumque casum, siue matrimonium soluatur morte vxoris, vel diuortio. Secus si pactum in vnum casum tantum sit factũ, tunc casus omissus habetur pro omisso. *l. si cum dotem. in princ. cum ibi not. ff. solut. matrimo. l. pacta conuenta, cum simil. ff. de pactis.*

4 Item † tertio, quod huiusmodi pacta dotalia etiam contra ius commune à contrahentibus interposita teneant, probatur in d. l. si cum dotem, in prin. & in l. pacta conuenta, deciditur ibi, quod etiamsi extraneus dans dotem pro muliere, paciscatur sibi dotem reddi, in vnum casum, sc. soluti matrimonii, mortis scilicet, vel diuortij,
5 valet istud pactum. Et tamen † de iure communi extraneus simpliciter dans dotem pro muliere, intelligitur ei donare dotem, & ipsius mulieris solius est actio. *l. 1. §. accedit. C. de rei vxor. act.* Item de iure communi maritus penitus nullum ius, nec exercitium habet in bonis paraphernalibus vxoris, tamen vxor potest hoc marito pacto, vel aliter concedere. *d. l. hac lege.* & posset hoc per infinita exẽpla ostendi. Sunt enim regulariter huiusmodi pacta dotalia seruanda, *vt per totum tit. C. de pact. conuentis, & ff. de pact. dot.* Et sine dubio est, talia pacta consistentia ex voluntate contrahentium, regulariter valere. *l. si pater. §. ex pactis conuentis. ff. de pactis conuentis.* Et hodie talia pacta generalia valent. d. l. vnic. §. illud, circa fin. C. de rei vxor. act. vbi dicitur: Illud etiam generaliter præsenti addere sanctioni, necessarium esse duximus, vt si quæ pacta intercesserunt, vel pro necessitate dotis, vel pro tempore, vel pro vsuris, vel pro alia quacunq; causa, quę neq; contra leges, neque contra constitutiones, &c. ea obseruentur, & dicit ibi gl. 1. quod illud pactum dicitur contra legem, si scilicet speciale pactum mutet naturam dotis, *vt l. conuenire. ff. de pactis dotal. & d. §. ex pactis, in fin.* & sic patet per d. §. illud, quod illa pacta dotalia, quæ conditionem dotis non reddũt deteriorem, seruanda sunt: & hoc solum intelligitur de naturali conditione dotis Ideo pacta dotalia, quæ reddunt conditionem dotis accidentalem deteriorem, & per quę reditur ad naturalem, seruanda sunt, quia res de facili redit ad sui naturam. *text. est notab. licet vulgatus in l. si vnus. §. pactus ne peteret. vers. quod & in specie. ff. de pact.* & in terminis nostris per pactum appositum in literis sponsalitiis, in dict. articulo, Ober die Gerade/ & super bonis paraphernis, quia die Gerade est extra dotem, præcise reuertitur ad sui naturam, vt scilicet soluto matrimonio per obitum vxoris, seruetur in der Gerade/ & ita in eius restitutione generalis consuetudo, siue ius prouinciale prouinciæ Sa-
6 xonum: † illa enim pacta sunt solum contra iura, quæ scilicet à iure expresse reprobantur. *l. pacta quæ contra, & ibi DD. C. de pactis.* Sed illa & huiusmodi pacta, super dote, vel paraphernalibus interposita, nedum non sunt à iure reprobata, sed expresse confirmata, vt ex iam adductis patet. Ergo, &c.

Et quod prædictũ Capitulum der Heyraths verschreibung/ in istis verbis Vnd es soll sich hierwider kein theil/ 2c. declaret etiam præallegatum articulum, Was aber die Gerade belangt/ 2c. est sine omni dubio, quum expresse dicatur in tali Capitulo, In den hierinnen außgetruckten Fällen/ 2c. Sed casus der Gerade/ in d. articu. est expressus.
Ergo, &c. † Cum alias sequentia declarent præcedentia, 7
& ad ea referantur, & econtra. *l. si seruus plurium. §. fin. & ibi Legistæ. & l. qui filiabus, in princip. cum ibi notat. ff. de legat. 1.* per quem text. ibi in d. §. fin. decidunt Bart. & DD. in d. l. qui filiabus, quod etiam verbum ambiguum positum in vna parte dispositionis, declaretur per alia, quæ disponens dixerit. & sic patet per dicta iura, quod quando aliquid est relatum ad plura diuersa, vel separata, & in vno eorum tantum fuit declaratum, vel in præcedentibus, vel in sequentibus, quod tunc sequentia declarent præcedentia, vel econtra. Quanto magis in proposito nostro dictum Capitulũ, in quo est expressum, Daß in den hierinnen außgetruckten Fällen/ kein theil sich mit einiger Wilkür zubehelffen habe/ declaret præcedentẽ articulum, von der Gerade/ generaliter disponentem, quod scilicet in omnem casum der Gerade/ non debeat attendi aliquod statutum speciale, vel consuetudo specialis huius vel alterius oppidi vel loci, sed solum consuetudo generalis deß Landes/ & sic prouinciæ huius, in qua causæ deciduntur secundum ius Saxonum.

Ex quibus iam etiam infertur veritas tertiæ responsionis, quod ius speciale, & consuetudo specialis oppidi D. quod scilicet die Gerade non habet integraliter lineæ fœmininæ, deficientibus filiabus, nec quod extra vrbem detur, &c. nihil penitus obstent, quo minus mater vxoris domini Cancellarii possit consequi integram geradam eius, virtute suprà dictæ conuentionis specialis initæ, & in literis sponsaliis contentæ. Et ita quod Consulatus in D. nullum interesse saltem releuans contra matrem prætendere possit, † quum contra huiusmodi con- 8
suetudines speciales, & statuta siue iura municipalia locorum possit pactis & conuentionibus dotalitiis aliud induci, quib. scilicet standum est, quum talia pacta sint, vt supra ostensum est, à iure expresse approbata. Nec statuto vrbis D. est inductum, quod non valeat pactum contra tale statutum vel consuetudinem. Et solum illud pactum dicitur esse contra leges, quod lex expresse prohibet. *d. l. pacta quæ contra.* Et quia huiusmodi & similia pacta super dote, donatione propter nuptias, & paraphernalibus, nedum non sunt expresse à lege prohibita, sed etiam expresse approbata, quando scilicet non reddunt conditionem dotis naturalem deteriorem, iuribus supra allegatis. Licet enim legi, quæ prohibet pacta fieri, quia sunt turpia, vel contra bonos mores, vel flagitiosa, *vt l. iurisgentium. §. Prætor ait. & §. fin. & l. si vnus. §. ob turpem. ff. de pact.* † pacto renunciari non possit, quum fiat lege resi- 9
stente, & tali legi prohibitiue renunciari non potest. *gloss. in l. 1. cum simil. C. ne fideiuss. do. de.* tamen quando lex non prohibet pactum fieri, & illud quod disponit lex, non est de forma & solennitate actus, *quo casu loquitur l. nemo, cum simil. ff. de legat. 1.* Nec dispositio respicit principaliter publicam vtilitatem. *quo scilicet casu loquitur dict. l. iurisgentium. §. si paciscar. & §. generaliter. l. si vnus. §. ante omnia, cum simil. ff. de pactis.*

Sed principaliter respicit priuatam vtilitatem, tunc valet & tenet pactum in contrarium, quia nihil aliud est, quam renunciare fauori suo priuato, per legem inducto, cui quilibet renunciare potest, *per regu. l. penult. C. de pactis. In quibus terminis loquitur text. in l. pacisci, contra. ff eodem tit. de pactis. Et dicta distinctio probatur per textum apertum, in d. l. iurisgentium. §. si paciscar. & §. & generaliter, alias §. seq.* Cum ergo sæpe nominatum statutum & consuetudo oppidi D. respiciant principaliter fauorem mariti, & heredũ fœminarum, dato, & non concesso, quod in consequentiam etiã concerneret publicam vtilitatem, tamen eis renunciari posset, tum etiam iuri communi, vt supra probatum est, pacto

dotalitio renũciari possit, multo magis iuri speciali: quia
10 † multo facilius tollitur ius speciale, quam commune. *l. cum miliu. §. miluta mißio ff. de testame. t. milit.* potissimum quum per tale pactum dotalitium, de quo in sæpe nominato articulo der Heyraths verschreibung/ præcise & specifice reuertatur, quantum scilicet ad restitutionem der Gerade/ attinet ad commune ius Saxonum, siue generalem consuetudinem huius prouinciæ, quod quidem ius commune Saxonum dicitur continere publicam vtilitatem, alias non valeret *c. erit autem lex. 4. distin.* ideo in casu
11 nostro habet locum præallegata reg. quę habet; † Quod res de facili reuertitur ad suam naturam. *dict. § pactus ne peteret. ver. Quod & in specie c. ab exordio, cum gloss. 35. distin.* Ex quo etiam sequitur, quod prædictum pactum disponens von der Gerade/ dicitur fauorabile, & per consequens extendendum, cum per ipsum reditur ad ius commune Saxonum, cum talis materia, per quam reditur ad ius commune, sit fauorabilis, *gloss. est valde notab. in cap. statutum, in*
12 *verbo, memorandum ibi. Item per hanc, de praben. in 6.* Item † licet pactum vel renunciatio prælati regulariter non præiudicet Ecclesiæ, tamen præiudicat ei, quando per hoc reditur ad ius commune, siue præiudicium sit leue, siue graue. *Ita notanter decidit Panorm. in c. penultim. alias veniens, (mihi, in penult. colum.) vers. Sol. Ioan. Andr. distinguendo de præscriptio. alleg. ad hoc c. 1. & fin. de pactis in 6.* Per quæ iam euidentissime infertur, quod cum dicta conuentio contra consuetudinem specialem oppidi D. fuerit, & sit valida, & concernat solum fauorem paciscẽtis vel saltem principaliter, quod consulatus D. nullum penitus interesse ad impediẽdam matrem vxoris domini Cancellarii, ne consequatur integram geradam, prætendere possit, potissimum cum talis conuentio sit fauorabilis, & extendenda, cum per eam reuertatur ad propriam & ordinariam naturam der Gerade/ scilicet vt detur secundum dispositionem communis consuetudinis vel iuris huius prouinciæ Saxoniæ; Ideo etiam vehemens suspicio contra dominum Cancellarium orta est, quod instigauerit Cõsulatum ad tentandum hoc. Ex qua suspicione augentur præsumptiones contra eum de dolo, de quibus supra in vulga. copio-
13 se dictum est. † Dolus enim cum consistat in animo, non potest directe probari, sed ex indiciis perspicuis probatur. *l. dolum, & ibi DD. C. de dolo.* Item verba debent sic intelligi, vt aliquid operentur, & non sint frustra. *l. si quando, cum simil. ff. de legat.* Et hoc maxime procedit in pactis siue contractibus, quia non est præsumendum, quod etiam dictio vna, sit posita à contrahentibus, vt nihil importet. *Ita tenet singulariter Bald. super rubr. C. de contrahen. empt. & vend. in 9. quæst. &c.*

THEMA CONSILII XVIII.

Quod scriptura priuata, etiam à parte confessata, non probet ius hypothecæ contra tertium. Et hoc maxime procedit, quando talis scriptura est Iudæi, quorum testimonium contra Christianos regulariter non admittitur.

SVMMARIA.

1 *Scriptura priuata etiam confessata, probat contra scribentem tãtum pro se autem, & contra tertium, nihil probat, nisi habeat subscriptionem trium testium fide dignorum.*

2 *Confessio matris non nocet filiæ.*

3 *Testimonium Iudæorum contra Christianos, regulariter non admittitur.*

CONSILIVM XVIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quod sententia in prima instantia inter N. & N. prolata, sit iuri conformis, & consentanea, & ideo in iudicio Imperialis Cameræ pronunciandum sit, male appellatum, & bene iudicatum esse, & causa remittenda sit ad iudicem à quo; &c. præter quam quod ex actis causæ satis constat, ex sequentibus etiam clarissime confirmatur. Nam quum P. alleget, ædes sibi pro 500: hypothecatas, & ad probationem priuatam scripturam producat contra tertiũ, nihil probat, & ita fundamẽtum suæ intentionis corruit. &c. Et quod præmissa sint vera, videlicet, quod pretensa scriptura prædicta nomine H. à Har. non probet constitutionem iuris pignoris, vel hypothecæ, in prædicta domo M. Iudæi, in præiudiciũ iuris B. à S. quæsiti sibi in eadem domo, pro cõsequutione debiti, ex decreto iudiciali, cõtra sæpe dictum M. Iudæum, probatur per tex. ad literam, in l. scripturas, ad fin. §. qui
porro. in pigno. habe. vbi dicitur: † Quod licet scriptura 1
priuata, manu propria debitoris subscripta, & ab ipso confessata, probet contra ipsum debitorem, non tamen probat cõtra alias personas, nisi habeat subscriptionem trium testium, & est ibi tex. ad literam, in fi. Quod licet si duo prætendant ius hypothecæ vel pignoris contra debitorẽ, quod is qui nititur ex instrumento publico, præfertur alteri nitenti ex scriptura priuata, & anteriori: & quod illa priuata scriptura etiam confessata à debitore, non probet ius pignoris contra tertium, nisi sit scriptura priuata probatæ atque integræ opinionis, & habeat subscriptiones trium, vel plurium virorum, & sic est ibi casus ad literam, quod scripturæ priuatæ & confessatæ stetur tantum contra scribentem, & non contra tertiũ, Sed alia probatio requiritur, secundum DD. ibi, & assignat ibi Bart. rationem: Quia si talis scriptura probaret contra extraneos, de facili posset debitor præponere posteriorem creditorem priori, quod esset absurdum; secundum eum ibi. Præterea licet scriptura priuata non solennisata subscriptione partium, vel trium testium, quorum voce vel comparatione literarum coadiuuetur, probet contra eum, contra quem producitur, si fateatur eam sua manu scriptam, vel subscriptam. *l. publicа. §. fin. ff. deposit. l. cum de indebito ff. de probat.* tamen huiusmodi confessio non nocet tertio *dict. l. scripturas, & not. ibi gloss. magna in fin. & ibi Bartol.* & idem Bartol. in l. reperta. ff. de fide instru. quæ quidem lex secundum eum loquitur ibi in scriptura priuata, not. decidit: Quod si talis scriptura priuata contineat confessionem, qua confiteor, quod tu mutuaueris mihi centum, iam sunt sex menses, sub obligatione bonorum, quod talis confessio non præiudicet alteri creditori. *allegans ad hoc text. in l. si superatus. ff. de pignoribus.* Alias enim facile posset committi fraus, fingendi scilicet scripturam alteri præiudicialem. Et optime facit quod in simili not. Spec. in tit. de confessis: §. nunc videndum. vers. sed nunquid. Anto. de But. in c. Quinta vallis, de iureiur. de patre confitente tantum debitum, quod exhausta remaneret omnis spes filii, vt non teneat confessio, nisi aliud personæ qualitas suadeat, *sequitur & refert Fel. in c. a. in 3. colum. vers. quinto limita, de fide instru.* Et bene accedit, quod consuluit Pet. de Anch. scilicet quod d. l. scripturas, in eo quod vult non probari priorem hypothecam, per scripturam priuatam, aduersus instrumentum publicum, habet etiam locum, si probetur per instrumẽtum publicum, quod datus fuit procurator ad faciẽdam obligationẽ, & postea ostendatur scriptura priuata mandantis, quia quamuis videatur cessare præsumptio fraudis, ex quo prius est datus procurator, quia tamen istud

antece-

antecedens potest esse sine consequente, quod est contingibile, non necessarium, non propter hoc probat scripturam prius confectam, *& consilio eius subscripserunt se Calder. & Francis. de Rom. refert & sequitur Felin. in d. cap. 2. in 5. colum. versic. reliqua dictum.* Et confortantur prædicta omnia, quod scriptura priuata regulariter solum probet contra confitentem, pro se autem, vel contra tertium non probat,
2 *d. l. scripturas. d. l. publica. §. fin. cum gloss. l. fin. §. fi.* † vbi etiam confessio matris non nocet filiæ. *ff. de probatio.* & bonus text. in d. c. 2. vbi dicitur, quod talis scriptura priuata non habeat aliquod robur firmitatis. *Bart. & Legistæ in l. admonendi. ff. de iureiuran. Canonist. in d. cap. 2. & in plerisque alijs locis.* Ex quibus iam breuiter liquido infertur, quod prætensa priuata scriptura, quæ asseritur esse Michaelis Iudæi, ea qua H. à Har. nititur fundare prætensum ius suum pignoris vel hypothecæ, penitus nihil probare posset contra B. à Sal. tanquam contra tertium, in præiudicium scilicet iuris sui quæsiti, & tanto fortius illa obtinent locum in præsentiarum, quum Iudæi non sunt probatæ & integræ o-
3 pinionis, &c. † quare etiam testimonium ipsorum regulariter non admittitur contra Christianos. *c. non potest. cap. si hæreticus, 6. q. 7. c. Iudæi. cum ibi notat. de testibus. l. quoniam. Cod. de hæret.* nisi in vlt. voluntate, vel contractibus, non autem in iudicijs *d. l. quoniam. cum glo.* Ex quibus iam aperte concluditur, in prima instantia bene fuisse pronunciatum, & male appellatum, & quod hic latius non sit superflue insistendum de primo processu, & debito Burgh. à Sal. cum H. à Har. defecerit in probatione eius, quod est fundamentum suæ intentionis. *l. eius qui. ff. de probat. l. actor. cum simil. ff. eod. tit.* Et sic patet, quod Burgh. à Sal. habet liberas ædes, quoad H. de Har. ex qua sua non interest, propter defectum probationis asserti iuris. Ergo, &c.

THEMA CONSILII XIX.

Quid requiratur ad probandam consuetudinem, quod vxor successerit marito decedenti ab intestato, etiam extantibus proximioribus agnatis vel cognatis, & quid testes debeant deponere, vtrum sufficiat eis deponere simpliciter de casibus, vbi vxor successerit marito, vel requiratur etiam probatio eius, quod ab intestato decesserit maritus.

SVMMARIA.

1 *Quando præsumptio iuris est contra allegantem quem decessisse ab intestato, allegans hoc probare debet.*
2 *Quandoque dicitur aliquid probari eo ipso, quod non probatur contrarium.*
3 *Fundans se ex negatiua, tenetur eam probare.*
4 *Vbi plura sunt coniunctim probanda, deficiens in probatione vnius, deficit in toto.*
5 *Proponens plura, obtinet si vnum probat, quod ad victoriam causæ sufficit.*
6 *Tantum præscriptum, quantum possessum.*
7 *Per vnicum actum consuetudo nondum præscripta interrumpitur.*

CONSILIVM XIX.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Visis & mature discussis & ponderatis actis, actitatis, attestationibus, obligationibus, & disputationibus in præsenti causa, petitionis scilicet hæreditatis inter validum I. de F. nomine curatorio vxoris suæ, & litis consortes actores ex vna, & honestam relictam Henrici M. ream ex altera partibus, coram Consulatu insignis vrbis H. vertente, hinc inde copiose adductis: Quæritur, quæ sint partes iudicis in hac causa. An scilicet absoluenda sit rea ab impetitione actorũ, vel condemnanda, iuxta petita in libello. Et veritas illius quæstionis dependet ab eo solum; An scilicet impetita insufficienter probauerit fundamentum suæ exceptionis peremptoriæ, oppositæ contra impetitionem actorum, nedum de iure communi scripto, sed & diuino fundatam, & ita; An probauerit per testes suos consue. allegatam & articulatam, necne. Quo quidem articulo examinato, patet responsio ad quæsitum. Et quia ab Aduocatis vtriusq; partis satis de hoc pro vtraque parte disputatum est, ideo omissis illis, & alijs superfluis allegationibus, breuissime respondetur, quod in præsenti causa allegata & articulata consuetudo, non sit sufficienter, maxime prout allegata & articulata est, probata. Sed quia rea in probatione eius defecerit, & sic quod iste casus remaneat in dispositione iuris communis, quo hæreditas Hen. M. in Christo sine liberis defuncti, fuit ab intestato actoribus delata: Et per cõsequens, quod partes Iudicis sint in ista causa pronunciare & decernere pro actoribus, vt petitũ est. Et primo hoc ostenditur. Nam, vt claret ex actis, & præsertim ex primo prætenso articulo oblato, ex parte rei, rea ipsa nititur perimere intentationem actoris vigore prætensæ consuetudinis, quam scilicet allegat vigere in vrba H. ad quam quidem probandam articulatur in hũc modum, prout sequitur: War seyn/ dat x. xx xxx. xl. l. c jar/ Also haecs niemandt anders gedengket in der Statt Hãb. ein olde langeher gebrachte gebrugk/ vnd gewonheit stetes/ vnuerbrocken/ vnvertugklichen gewesen/ vnd noch ist/ wenn twey Personen sich vorelligen vnd in dem ersten Ehstande sampeligken leuen/ vnd zwischen enen beyden neyne sonderligke pact/ Conuention/ vnd vordrachte der erfolgunge vorgerichte/ vnd gemaket/ wann ein von den sulften Ehlüden/ Mann oder Frûe/ sunder sines Eruen/ Testament oder letzten Willen/ tödlichen vorfellet/ dann so is die ouer andere leuendige/ Mann oder Frûe/ sines verstoruenen ehligen Gemale/ vnd gaden Erue vnd Erfneme/ vnd heft die gelaten Erffschop vnd Erfflicken Gûtere des verstoruenen für allen andern Personen beerft genohmen vnd behalden/ ock jegunt wenn die fahl queme bearnede nehme vnnd behilde. Cæteris agnatis & cognatis quibuscunq; exclusis. Et sic patet ex isto prætẽso articulo principali, quod rea astrinxit se ad probandum copulatiue, scilicet quod vigeat & viguerit consuetudo in dicta ciuitate Hamb. vltra 10. 20. 30. 40. annos, & memoriam hominum, quod scilicet decedente vno ex coniugibus, sine liberis, & sine testamento, vel vltima voluntate, quod coniunx superstes succedat defuncto ab intestato. Et pro confirmatione istius articuli, formauit alios articulos specificatiuos. Et licet testes communiter dicant articulos veros esse, tamen nullus eorum deponit, quod præcedens decesserit intestatus: quia, vt apparet, singuli testes super singulis articulis specificatiuis aperte deponunt, se nescire; An scilicet persona, de qua in articulis, decesserit cum testamento, vel sine testamento, & sic non probauit id, ad quod se probandum astrinxit rea, & per consequens, nec consuetudinem articulatam, quum non sit probatum, quod personæ, de quibus in articulis, decesserunt etiam sine testamento, & ita ab intestato. Quapropter sequitur concludenter, consuetudinem prætensam non esse probatam. Nam quum in præsenti causa actores habeant intentionem fundatam, scilicet quod hæreditas Henrici M. fuerit ab intestato eis, tanquam proximioribus, delata, nedum de iure communi pro se. § *si vero.* neque in Authentico, *de hæred. ab intesta. ven. Authent. post fratres. l. 2. C. de legit. hæred.* Sed etiam iure diuino, Num. 27. cap. vbi

ſcriptum eſt: Homo quum mortuus fuerit abſque filio, ad filiam eius tranſibit hæreditas. Si filiam non habuerit, habebit ſucceſſores fratres ſuos. Quod & ſi fratres non fuerint, dabitis hæreditatem fratribus patris eius. Si autem nec patruos habuerit, dabitur hæreditas his, qui ei proximi ſint. Et ſic præſumptio iuris ſit contra ream, allegantem ſcilicet, quod hæreditas mariti eius defuncti ſit ei ab inteſtato delata. *l. 1. C. vnde vir & vxor.* Sequitur, quod non præſumatur in dubio, eum ab inteſtato deceſſiſſe, in commodum & fauorem ipſius allegantis hoc. Et ita quod in omnibus & ſingulis caſibus, de quibus tantum articuli ſpecificatiui; præſumatur, quod coniuges prædeceſſerunt teſtati, quum conſanguinei eorum habuerint fundatam intentionem, & iuris præſumptionem pro ſe. Quo quidem caſu, quando ſcilicet præſumptio iuris eſt contra allegantem quem deceſſiſſe ab inteſtato, incumbit ei onus probandi hoc. Ita probatur per tex. ad literam, in l. emancipati, ibi. Nec vllum teſtamentum relictum, &c. iuncto verbo principali, infra poſito, ſcilicet, probatum fuerit. Et ibi expreſſe notat illum tex. ad hoc ſingul. Ludo. de Roma. c. de colla. Et licet Bart. in l. is poteſt, *in penult. colum. verſic. Quinto dicit gloſſ.* ff. de acquir. hæred. dicat contrariũ. Vbi videtur expreſſe velle, quod ſufficiat allegare quem deceſſiſſe ſine teſtamento, & qui vult dicere contrarium, probet. per nota. in l. cum de lege. ff. de proba. licet corrupte alleget l. cum probatio. & ſequitur ibi Alexand. de Imol. in d. l. ſi emancipati. & ibi expreſſe etiam reprobat domin. Iaſ. Ludo. in 1. notab. adducens pro hoc. Nam quod aliquis fecerit teſtamentum, iſtud eſt facti, facta autem non præſumuntur, niſi probentur. *l. in libello. §. facta. ff. de capti. & poſtlim. reuerſ.* & reſpondet ad textum ibi, dicens: Quod forte hic putauit Alexand. dum dicit, quod ille textus nihil faciat, ſcilicet, quod illud verbum, probatum fuerit, infra poſitum, ad vtrunque referri debeat, cum alias non haberet orationem perfectam, illud quod ſupra dixit, ſcilicet; Nec vllum teſtamentum relictum, niſi ſit verbum Eſt. Sed in libro meo, nec in aliis, quos viderim, non habetur verbum Eſt, quia ita canit litera: Nec vllum teſtamentum relictum, vel nouiſſimum iudicium communis patris, & non ponitur in litera Eſt, ſed immediate ſequitur in eadem oratione nondum completa: Teque emancipatum probatum fuerit. Ergo ſequitur, quod verbum, probatum fuerit, infra poſitum, referatur ad vtrunque, & in effectu per hoc tranſit dom. Iaſ. in d. l. is poteſt, *ad finem, penultim. column. verſicul. in eadem gloſſ. ibi; Item ſcire debet, cum princip. vltim. ibi, Tu aduerte cum opinione Ludouici,* dicens, quod communiter non habetur in dict. l. Si emancipati, verbum Eſt. Nec obſtat, ſecundum eum ibi, authoritas Bartol. quia reſpondet & bene, quod Bart. non loquatur ſimpliciter, prout eum refert Alexand. in d. l. Si emancipati. Sed loquatur expreſſe, quando eſt communis opinio, quod teſtamentum non fecerit, quod tunc ſit fundata intentio allegantis inteſtatum. Imo dato, quod opinio Bartol. in d. l. is poteſt, eſſet ſimpliciter vera, ſcilicet, quod præſumatur pro eo, qui dicit teſtamentum non eſſe factum, ſed defunctum ab inteſtato deceſſiſſe, & ſic quod aduerſario allegan ti contrarium incumbat onus probandi hoc, *per not. in dict. l. cum de lege,* tamen adhuc in præſenti caſu non præſumeretur, perſonas, de quibus in articulis ſpecificatiuis, deceſſiſſe ſine teſtamento, ſiue ab

1 inteſtato. Ideo † reæ allegandi contrarium, incumbit onus probandi hoc, ſcilicet quod deceſſerunt ab inteſtato, & ſic ſine teſtamento. Ita probatur per ea quæ notat Ludo. in d. l. ſi emancipati, per text. ibi in verbo, Nec vllum teſtamentum, vbi dicit probari, quod allegãs quem deceſſiſſe ab inteſtato, incumbat onus probandi. Et † licet quandoque dicatur aliquid probari eo ipſo, quod non probatur contrarium, *vt eſt gloſſ. in l. ſuper ſeruis. Cod. qui mihi poſſ. lib. 12. & in l. 1. C. qui teſta. fac. poſſ.* tamen illud procedit, quando eſt præſumptio pro allegante. Sed in l. ſi emancipati, eſt ſecus, quia oportebit actualiter probari, quod nullum teſtamentum ſit factum, alias illa l. ſi emãcipati, eſſet imperfecta verbis, & non rebus, *contra l. 2. Cod. communia, de legatis, &c. commiſſa, de elect. in 6.* Sic in propoſito præciſe eſt præſumptio contra ream allegantem, quod perſonæ, de quibus in articulis, deceſſerunt inteſtatæ, quum ab inteſtato de iure communi coniunx ſuperſtes non ſuccedat defuncto coniugi, extantibus conſanguineis eius. *d. l. 1. Cod. vnde vir & vxor.* Ergo clare infertur, quod dictæ perſonæ deceſſerunt teſtatæ. Et ſic quod bona coniugis prædefuncti ex teſtamento, vel ſaltem ex pactis dotalibus deuenerint ad ſuperſtitem. Et quod dicta regula, quæ habet, quod aliquando dicatur aliquid probari eo ipſo, quod non probatur contrarium, procedat, quando eſt præſumptio pro allegante: *volunt etiam in effectu Alexand. de Imo. in d. l. ſi emancipati, in 3. notab. & D. Iaſ. in d. l. is poteſt, in d. verſic. In eadem gloſſ. ibi, Item ſcire debet.* Et ſic poteſt procedere dictum Bartol. quod præſumatur quem deceſſiſſe inteſtatum, quando ſcilicet præſumptio iuris eſt pro allegante, quia ei tanquam proximiori agnato vel cognato defuncti delata eſt hæreditas eius ab inteſtato. Ideo aduerſario dicenti contrarium, ſcilicet eum non inteſtatum, ſed cum teſtamento deceſſiſſe, incumbit onus probandi hoc, quod deceſſerit cum teſtamento. Ita in propoſito reo allegandi, quod in caſibus de quibus in articulis, Mariti & vxores deceſſerunt inteſtati, & non cum teſtamento, incumbit onus probandi hoc: cum præſumptio iuris ſit contra ea; & contrarium præſumatur, ſcilicet, quod hæreditas prædefunctorum ab inteſtato fuerit delata proximioribus conſanguineis, & per conſequens, quod bona prædefunctorum coniugum deuenerunt ad ſuperſtites, vel iure teſtati, vel ex pactis dotalitiis. Ex quibus iam neceſſario infertur, quod per dictos actus nullo modo ſit probata conſuetudo articulata, cum teſtes non deponant perſonas, de quibus in articulis, deceſſiſſe inteſtatas, ſed ſe neſcire hoc: & in propoſito, vt oſtenſum eſt, ſit præſumptio contra ream, allegantem eos deceſſiſſe ab inteſtato, ſed potius ex teſtamento. Per quæ iam patet maximum capitale aduerſarii, ſcilicet, quod præſumatur quem inteſtatum deceſſiſſe, niſi probetur contrarium; radicitus ſublatum eſſe: & ſic etiam patet, quod in præſentiarum impetitæ viduæ præciſe incumbat onus probandi perſonas articulatas deceſſiſſe inteſtatas, & ſic illam negatiuam, ſcilicet, quod deceſſerunt ſine teſtamento; & ſic quod vendicet ſibi hic locum regula, quam tradit Bartol. *& ſequuntur communiter Legiſtæ in l. in illa & ſtipulatione ſi Calendis. ff. de verborum obligatio* quæ habet; † Quod fundans ſe ex negatiua, ſiue agendo, ſiue excipiendo, ſiue ſit negatiua facti, ſiue iuris, teneatur illam probare. *& allegat Bartol. ad hoc l. hoc iure. & l. ita ſtipulatus. verſicul. ſi ab initio. ff eod. titul. de verborum obligatio. & melius probatur ſecundum dominum Iaſ in dict. l. in illa ſtipulatione, per text. in l. penult. §. docere, & ibi Bartol. ff. ne quis eum qui, &c.* Et hoc ſine dubio procedit, quando actoris intentio eſt fundata, quod tunc reus excipiendo negatiue, ad perimendam intentionem actoris teneatur illam negatiuam probare, cum quilibet teneatur probare id, quod eſt fundamentum ſuæ intentionis, ſiue agendo, ſiue excipiendo, *l. ei incumbit ff. de probat. l. actor, & ibi Doctor. cum ſimilibus, Cod. eodem titul.* Et ſic quando intentio actoris eſt fundata, reus opponendo exceptionem

perem-

peremptoriam contra eum, tenetur probare eam, & si in eius probatione defecerit, condemnabitur actori per iuta iam allegata, quia reus excipiendo fit actor, *l. 1. ff. de except.* Illo enim casu actor & reus pari passu ambulant, quo scilicet ad onus probandi: quia sicuti actor tenetur probare intentionem actionis suæ, & si in ea defecerit, reus etsi nihil præstiterit, absolui debet. *l. qui accusare, cum simil. C. de edend.* etiamsi reus astrinxerit se ad aliquid probandum, & tamen non probauerit. *gloss. est notab. in l. circa, in gloss. magna ante fin. ibi scilicet, An videatur renunciare, quam Bartol. dicit ibi menti tenendam. ff. de proba. & est similis gloss. in cap. ex insinuatione, in verbo, probatur, de procur.* Ita & reus fundata intentione actoris, exceptionem suam probare tenetur, iuribus supra allegatis. Et expresse Bartol. in l. Diuus Adrianus, (*mihi, in princ. 2. col.*) *versic. & prædicta*, vbi inquit: Et prædicta vera in actore, qui se astringit. Subiungens: Idem in reo, si intentio actoris esset fundata. ff. de re iudi. Sed clarius claro est, quod in nostra causa intentio actorum sit de iure communi fundata, quo scilicet eis tanquam proximioribus consanguineis defuncti hæreditas eius ab intestato delata est. Ergo pars rea opponendo cōtra huiusmodi intentionem actoris fundatam, consuetudinem, tenetur probare omnia necessaria requisita ad huiusmodi consuetudinem inducendam, cōtra ius cōmune. Et ita quod in casib. articulatis coniuges prædefuncti decesserunt sine liberis, item intestati, & sic sine testamento; Itē sine specialib. pactis, sine conuentionibus dotalibus. Et alterū de per se non sufficeret, ad inducendā secum consuetudinem, contra dispositionē iuris cōmunis, quia non sequitur concludenter: Titius decessit sine liberis, & Berta vxor eius successit ei. Ergo ipse decessit ab intestato. Imo contrarium præsumitur, quod scilicet non decesserit ab intestato, sed condito testamēto, extantibus agnatis vel cognatis, quia agnati & consanguinei habent, nedum iuris præsumptionem, sed ēt fundatam intentionem de iure communi per se scilicet ꝙ hæreditas defuncti fuerit eis, & nō vxori ab intestato delata. Quare ad elidendam illam præsumptionē iuris, quæ est pro actore, rea necesse habet probare, ad inducēdam prætensam consuetudinem allegatam contra ius commune, omnia articulata copulatiue, scilicet, quod tempore ad consuetudinem inducendam à iure requisito, & quod decesserint sine liberis. Item quod ab intestato, & sic sine testamento. Item quod extiterint agnati seu cognati, & quod semper sine contradictione vel impatientia agnatorum coniunx superstes, successerit ab intestato coniugi prædefuncto, cum vnum de per se non sufficiat ad victoriam causæ, & sic ad inducendam dictam consuetudinem contra iuris dispositionem, quare hic etiam præcise obtinet locum regula, quæ habet: † Quod vbi
4 plura sunt coniunctim probanda, quod deficiens in probatione vnius, deficit in toto. tex. est notab. in l. Titia diuortium, *quem ibi Bart. ad hoc not. in 1. not. ff. sol. mat.* & summat ibi Ang. d. l. Titia diuortium, hoc modo. Tertio, vbi ad victoriam reportandam requiritur plurium causarum concursus, non sufficit alteram causarum esse veram. Et est glo. not. in l. 3. §. hoc autem interdicto, *in glo. in ver. competere, ante fi. ibi scilicet. Item nota hic.* ff. de iti. actuq; priu a. vbi not. gloss. ex tex. ibi, quod quoties duo vel plura sunt necessaria, alterum adesse non sufficit. *& facit tex. in l. ait Prætor. §. docere. ff. de vi bon. rapt. & in d. l. Diuus. ff. de re iud.* Et quantum reus obligauit se ad probandum, & proponit duo vel plura, licet non astrinxerit se ad probandum vtrunq;, vel omnia, tamen si neutrum per se sufficeret, vtrunque esset probandum. Ita pulchre etiam decidit Pan. *in cap. 2. (mihi, in 2. col.) vers. si vero reus, de rescript.* Idē probatur per not. per Barr. & Legist. *in d. l. dolus. gloss. & Canon. in d. c. 1.* & quod not. Cyn. *in l. cum te. C. de prob.* scil. † quod quando plura alleguntur vel proponuntur, quod non requiritur probatio omnium, sed satis est quod vnum probetur, si sufficiat ad victoriam causæ, & not. expresse Bald. Sal. Fulg. & D. 5
Ias. in d. l. interpositas, *per text. ibi in vers. se d quoniam.* C. de transact. Quod licet quis proposuerit plures exceptiones peremptorias, quod sufficiat vnam probare, quæ sit sufficiens ad victoriam causæ. Ex quo tex. not. ibi Pau. de Cast. Alex. de Imo. & D. Ias. quod quando plura allegantur, vel plura per modum exceptionis opponūtur, quorum quodlibet sufficeret de per se, si verum esset, quod tunc non sit necesse vtrunque probari. Et sic volunt etiam DD. in dictis locis vltra prædicta, quod quando duo vel plura ab actore vel reo proponuntur vel opponuntur, quorum neutrum de per se sufficeret ad victoriam causæ, quod sit necesse, quod vtrunque vel omnia probentur. Cum ergo in casu nostro pars rea solum vnam prætensam exceptionem peremptoriam, scilicet consuetudinis allegatæ, non tamen probatæ, ad perimendam intentionem actorum, de iure communi fundatam, & plura ad huiusmodi consuetudinem probandam in articulo principali probatorio sint deducta, quorum ad talem consuetudinem requisitorū, nullum tantum de per se est sufficiens, vt plusquam satis ostensum est, ad probationem eiuscemodi consuetudinis, & pars rea defecerit in probatione talū, sequitur inconuincibiliter, quod intentio siue petitio actorum de iure fundata, minime sit perempta, vel elisa, & per consequens, quod debeat pronunciari & sententionari pro actoribus, prout in libello petitum est. Præterea licet pro parte actorum, vt ex actis claret liquido, deductum fuerit, quod pars rea defecerit in probatione consuetudinis oppositæ, tamen hoc etiam vltra deducta ostenditur, concludenti & euidenti ratione. Nam inter cætera in articulo probatorio continetur: Quod si coniunx decedat sine liberis, &c. quod superstes etiam agnatis vel cognatis eius extantibus, ei vltra 10. 20. 30. & memoriam hominum ab intestato successerit. Sed de esse consuetudinis est, quod sit præscripta, id est, obtenta per cursum temporis requisiti ad præscriptionem. *c. fin. de consue.* & inducitur ex tacito consensu populi, qui colligitur ex moribus & actibus totius populi, vel maioris partis. *l. de quibus. & ibi Legist. ff. de legibus. §. ex non scripto. Institut. de iure natur. gent. & ciuili. cap. consuetu. 1. dist.* Et sic consuetudo procedit ex quodam præscripto iure. *Bart. & DD. in dict. l. de quibus.* Sed ex depositionibus testium non vno verbo reperitur, quod in ciuitate H. mariti vxoribus sine liberis decedentibus, vel vxores maritis, ab intestato, extantibus fratribus, sororibus, vel nepotibus, neptibusque ex sorore vel fratre prædefuncti, vt in casu nostro, ab intestato successerunt. Ideo posito, non tamen concesso, quod probatum esset, quod mariti vxorib. vel vxores maritis, sine liberis decedentibus, extantibus vlterioribus agnatis vel cognatis defuncti, tempore ad consuetudinem à iure requisito, ab intestato successissent: quod tamen huiusmodi consuetudo, quæ tamen etiam non est probata, nōn posset extendi, tanquam stricti iuris, ad hunc casum, propter scilicet defectum actuum ac morum, seu vsuum populi,
† quum regulam habeamus, quod in præscriptionibus & consuetudinibus, tantum sit præscriptum, quantum sit possessum, & non plus. *l. 1. §. Iulianus, la 1. iuncta gloss. not. in verb. quoadusque. ff. de itin. actuque priuat. quam Bartol. ibi in §. si quis hoc interdicto, multum nota. Et per eam decidit multas quæstiones.* Consuetudo enim tantum habet de effectu & patientia, quantum de vsu, *secundum Bald. in cap. 2. in titul. Qui* 6

feudum dare possunt, quæ potissimum procedunt in consuetudine inducenda, contra ius commune, & quæ est iuris communis correctoria, per vulga. per quæ iam plusquam satis patet responsum ad prætensa fundamenta aduersarii, cum non sit præsumptio in præsentiarum pro negante testamentum factum esse, sed in contrarium, cum ei incumbat onus probandi hoc, ex quo intentio actoris est fundata. Et nullum hic de per se sufficiebat, ad inducendam præsentem consuetudinem, præsertim contra ius commune, & per consequens, ad probationem prætensæ consuetudinis allegatæ, &c. Ergo, &c. Præterea & secundo indubitatum est, quod testes deponentes super primo prætenso articulo principali, scilicet fuisse vel esse huiusmodi consuetudinem in H. penitus nihil probent, quia debent attestari factum, quod viderunt, non autem ius, vel consuetudinem, quæ est ius non scriptum. *d.l. de quibus. & dict. §. ex non scripto. & c. cum dilectus. Cyn in l. 2 versic. sed quæro, quid si deponant testes. & ibi Legistæ, Cod. quæ sit longa consuet. & pulchre Alexand. de Imol in consil. 187 incipit: visis attestationibus testium receptorum, in princip. versicu Et primo, in 3. colum. versic. quartus testis, in 2. volum.* Insuper & tertio videtur, quod in præsentiarum non potuisset prætensa articulata consuetudo contra ius commune induci propter interruptionem factam, vt colligitur ex depositionibus quorundam testium in productis pro parte actorum signatorum ad interrogatoria
7 additionalia: † cum per vnicum actum interuenientem contra consuetudinem nondum completam, ipsa interrumpatur. glossa est notab. in l. nemo alieno nomine. §. temporalis, in fin. vbi dicitur: Interim tamen ante præscriptam potest interrumpi, etiamsi semel in contrarium populus vtatur ex certa scientia. *ff. de regul. iur. quam gloss. ibi multum notat Bartol. ad hoc. Panormita. & Moderni in c. fin. de consuet.* & est ratio secundum Panormit. in d. ca. fin. (*ubi, in 9. columm.*) *versicul. sed quæro, circa istam partem*, quia per hoc apparet de tacito consensu populi, quod non velit inducere consuetudinem, cum fecerit actum contrarium, *argument l. vbi repugnantia. ff. de regul. iuris. & cap. sollicitudinem, in fin. de appell.* Et licet per vnicum actum regulariter contrarium non interrumpatur consuetudo perfecta & completa, *secundum d gloss. in l. nemo.* tamen expediti iuris est, quod etiam consuetudo præscripta & completa tollatur non vsu per decennium, *secundum Doctor. in d. c. fin. & argum. cap. 1. de regul iur. in 6.* sed ex depositionibus testium, ad 14. 15. 16. 17. articulos clarissime patet, quod vltra decem annos vsque ad tempus litis præsentis, nunquam vxores maritis suis decedentibus, sine liberis, ab intestato saltem pacifice & quiete, sine contradictione agnatorum vel cognatorum defuncti successerunt. Nam testes communiter super 14. articulo attestantur se nescire quo tempore H. C. mortuus fuerit: Sed nouus & decimus dicunt expresse, Daß er bouen 10. Jaren gestorben / Sed sy bouen / verificatur etiam de multis annis ante 10. Quod etiam confirmatur ex attestationibus 12. testis super eodem articulo, qui dicit: Daß es fast bouen / & ita, vel vber 10. Jar geschehen sey Item depositiones testium ad 15. articulum penitus probant de prætensa consuetudine, quia communiter omnes testes vnanimiter deponunt super interrogatorio, ad prædictum articulum, quod bona quæ possederit H. V. deuenerunt à parentibus vxoris eius, & ita quod fuerunt bona vxoris eius, merito vxor, defuncto marito, retinuit huiusmodi sua propria bona, ad eam iure hæreditario à parentibus, & præsertim à matre deuoluta. Item dato, quod maritus eius habuerit aliqua bona, de quibus tamen non constat ex attestationibus testium, tamen de huiusmodi bonis consanguinei eius fuissent contenti, vt patet ex depositionibus 2. & 3. testium, ad dictum articulum 15. & inter eius. Item communiter testes mutant tempus, quo H. V. decesserit. Item patet ex depositionibus testium, aperte attestantium, ad 16. articulum, quod l. N. vxoris fuerint bona, Vnd daß er zu ir in ire Güter kommen sey / Vnd daß sie die von iren Eltern bekommen habe. Item etiam dicunt se nescire mortem mariti, nec aliquid faciunt contra actores testes super 17. articulum. In quantum dicunt, quod H N. habe die Güter von seiner ersten Haußfrawen bekommen. Sed non aperiunt an ex testamento, vel ab intestato, vel ex alio titulo bona vxoris primæ ad eum peruenerint. Sed dictum testis debet necessario concludere. *l. non hoc. Cod. vnde cognati. l. neque natales, cum vulga. Cod. de probat.* Et in dubio dictum testis ambiguum interpretatur contra producentem. *cap. in præsentia. & ibi Canonist. de probat.* Quod potissimum in præsentiarum vendicat sibi locum, scilicet, quod bona vxoris suæ primæ non deuenerint ad eum iure intestati, cum præsumptio iuris sit contra eum, & consanguineos vxoris. Præterea non est probatum, quod infra decem annos, vsque ad tempus, de quo canit prætensus 17. articulus, vxores successerunt maritis, præcedentibus sine liberis ab intestato, in bonis propriis ipsorum maritorum, & tamen multi mariti, tanto tempore, prædecesserunt sine liberis ab intestato. Ex quibus iam omnibus clare infertur, quod etiamsi clare probatum fuisset, sicuti tamen minime probatum est, quod olim viguisset consuetudo articulata in vrbe H. quod tamen illam per 50. annos, imo plures, per scilicet non vsum radicitus fuisset sublata, & ad ius commune reditum: & eo facilius, quod res de facili reuertitur ad sui originem. *l. firmus. § pactus ne peteret. Cod. de pactis. ca. ab exordio 35. dist.* Et vltimo, pro confirmatione omnium prædictorum, & ita etiam, quod articulata consuetudo non sit per testes productos probata, quod scilicet etiam olim viguerit, patet ex eorum depositionibus ad articulos, cum plures ex eis aperte dicant, quod bona fuerunt vxorum, & multi ex eis, quod nesciant vnde peruenerint huiusmodi bona. Sed dictum testis debet necessario concludere; Ergo, &c. Ex quibus iam vltimo sequitur, quod partes iudicis in præsenti causa nullæ aliæ sint, quam pronunciare, & sententiare pro actoribus, intentionem fundatam de iure habentibus, & minime à rea peremptam, nec elisam esse.

THEMA CONSILII XX.

De bonis materni, ex testamento aui materni nepotibus relictis, quid iuris pater eorum in huiusmodi bonis sibi vendicare possit ratione proprietatis, vel administrationis: Et vtrum ex dispositione iuris Saxo. administratio bonorum maternorum filiæ maritatæ pertineat ad patrem vel maritum.

SVMMARIA.

1 *Hæres idem est quod dominus.*
2 *Pater in bonis liberorum maternis, non habet dominium.*
3 *Quid si: dominium.*
4 *Verbum Do vel Relinquo, adiectum vniuersitati bonorum, importat institutionem.*
5 *Filiafamilias nuptui tradita remanet in potestate patris, quo ad effectus iuris, quos operatur patria potestas.*
6 *Auus maternus neptibus suis in patria potestate existentibus, non potest constituere tutores.*

7 *Bona dicuntur deducto ære alieno.*
8 *Bona patris tacite sunt obligata filiis pro bonis maternis.*
9 *Paria sunt, nullam habere hypothecam, vel habere inutilem, siue minus idoneam.*
10 *Patri dissipatori bonorum maternorum filiorum, administratio interdicitur.*
11 *Dicitur dilapidare etiam is, qui sine sua culpa peruenit ad paupertatem aliquo casu, vt quia merces sua naufragio submergerentur.*
12 *Ille qui pro sua necessitate consumit fructus, dicitur dilapidare.*
13 *Filius viuo patre nullum habet ius in bonis eius, etiam quo ad legitimam.*
14 *Propter dissipationem re ipsa, pater amittit etiam vsumfructum in bonis filiorum maternis, tantum reseruatis sibi alimentis.*
15 *Si pater est dilapidator, potest eius filiis in potestate sua constitutis dari tutor.*
16 *Facilior est descensus, quam ascensus.*
17 *Bonum est arg de testatoribus ad statuentes.*
18 *Per omnes modos, per quos coniicitur mens testatoris, coniicitur etiam mens statuentium.*
19 *Per dispositionem Iuris Saxonici videtur sublatus effectus patriæ potestatis, in filia maritata.*

CONSILIVM XX.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. In casu proposito, tria principaliter sunt per ordinem videnda, & examinanda. Primum, an D. Doctor pater liberorum, ex prædefuncta filia dicti testatoris sit hæres defuncti, prout ipse prætendit, huiusmodi testatoris soceri sui, & an dictum testamentum valeat de Iure. Secundo, dato quod ipse non sit hæres, an habeat tamen legitimam administrationem, & ita etiam vsumfructum ratione patriæ potestatis, in dicta hereditate delata liberis suis, ab auo materno testatore, & ita neptibus testatoris ex filia prædefuncta, quondam vxore prætacti D. Doctoris. Tertio, posito quod D. Doctor ratione patriæ potestatis, haberet de iure huiusmodi administrationem, &c. an etiam haberet eam, & per consequens vsumfructum eorum in partib. hæreditariis, delatis duabus neptibus testatoris maritatis.

Quantum ad primum, expeditum est, quod si D.R. nõ condidisset testamentum, tunc neptibus suis, ex filia prædefuncta, ex quo tenuerunt primum gradum, non obstante patria potestate, eis fuisset hereditas eius delata, & non patri. §. 1. *in Auth. de hæred. ab intest. venien. Authen. in succes. C. de sui. & legitim. lib. cum simil. lib.* Et quod D. Doctor male se allegauerit hæredem soceri sui, ratione patriæ potestatis, vltra text. expressos & apertissimos iam allegatos patet:
1 nam † hæres idem est, quod dominus. l. Item Mela. §. Legis, & ibi bona gloss. in ver Legis. ff. ad l. Aquil. vbi dicitur: Legis Aquiliæ actio hæredi competit, hoc est, domino. vbi dicit bona glo. ab herus dicitur hæres, id est, dominus. §. Item extraneus, vers. pro hærede. Instit. de hæred. qual. & diff. vbi dicitur: pro hærede est pro domino gerere, & subiungit ibi glo. in versi. Domino, quod Teu
2 tonici dicunt Herr / id est dominus. Sed † clarũ est, quod pater, cuius liberis, in sua potestate constitutis, est delata hæreditas à matre, siue ex linea materna, non est dominus huiusmodi rerum maternarũ, cum dominium siue proprietas maneat apud liberos. *l. 1. & l. Quicquid. C. de bon. mate. l. Cum oportet. cum similib. C. de bon. quæ lib.* Et quod pater in huiusmodi bonis non habeat dominium simpliciter,
3 patet. Quia † dominum simpliciter dictum, est plena proprietas, cum potestate alienandi, *per opt. tex. in l. Fœminæ. § Illud. & ibi Bald. ad fin. C. de sec. nup. & Bar. licet illum tex. non alle. in l. Si quis vni. §. Differentia. ff. de acq. poss. Et quem plene not. Bal. in l. Omnem C. ad Tertul.* Sed pater nõ habet in huiusmodi bonis potestatem alienandi dd. ll. Quicquid, & cum oportet, cum similib. Ergo, &c. Quanto magis præfatis neptibus est delata hæreditas aui materni earum ex testamento, & vltima voluntate aui, in qua auus maternus eis expresse, nulla penitus facta mentione de D. patre Neptum, reliquit bona sua, & ita neptes hæredes in hæreditatem suam instituit, maxime etiam cum huiusmodi titulus institutionis sit neptibus honorabilior aliis titulis, & sic etiam titulo ab intestato. *l. Filium. §. Sed etsi portio. & ibi bona glo. ff. de leg. præst. Cyn. Bart. & Doct. in Authen. Nouissima. C. de inoffi. testam.* Et ideo etiam, quando potest succedi ex testamento, non est locus successioni ab intestato. *l. Quamdiu. la 2. ff de acqu. hæred.* Et de isto tanquam indubitato satis dictum est, videlicet, quod Doctor non potest se dicere hæredem, nec ab intestato, nec ex testamento soceri sui defuncti.

Et quod testamentum D. R. de iure valuerit, dato etiam quod non interuenerint solennitates requisitæ à iure communi, siue municipali, vel consuetudine loci ad testamenti confectionem, vel quod etiam fuisset facta apertura eius, non interueniente solennitate à iure statuto, vel consuetudine requisita, probatur. Nam testamentum, etiam imperfectum, ratione solennitatum omissarum, conditum à parentibus vtriusque sexus inter liberos, valet & tenet. *l. Hac consultissima §. Ex imperfecto. Cod. de testam.*

Quia causa testati fouet, & adiuuat causam testati. Et solum non valet testamentum inter liberos conditum, si esset imperfectum ratione voluntatis, quia morte præuentus, non potuit voluntatem suam perficere. *secun. glos. in l. Si is qui. vbi etiam Bart. & Doct. ff de testa. gloss in l. fin vbi Bar. & Bald. C. Famil. hercisc.* Et est ratio, quia in testamento condito inter liberos, non attenduntur dispositiones iuris ciuilis, & per consequens, nec solennitates testamentorum, cum illæ sint adinuentæ de Iure ciuili; Sed attendimus solum Ius gentium, & per consequens, an voluntas sit perfecta, necne, *secundum Bartol. in dict. §. Ex imperfecto. Bald. in Authen. Quod sine. Cod. de test. pulchre Ioan. de Imo in dict. §. Ex imperfecto. mihi in 1. colum. versi per ea quæ in simili nota. in teste per Guilh. de Cune. in l. Veluti ff. de edend. Alex. de Imo in Cons. 14. in 3. vol.* Et hoc potissimum procedit in solennitatib. requisitis in apertura testamenti, quia in hoc requiritur magna solennitas. *vt probatur per text. in l. Cum ab initio. ff. Quemadmodum testam. aper. Et dicit Iurecons. in l. Sed si quis ff eod. tit.* Et si forte omnibus absentibus causa aliqua aperire tabulas vrgeat, debet curare Proconsul, vt interuenientibus optimę opinionis viris aperiatur. Nec hodie est opus in apertura testamenti, vt signatores compareant, & alia interueniant, de quib. C. & ff per tot. quemad. test. aper. Nam quando de testamento, siue nuncupatiuo, siue in scriptis, est rogatus Notarius publicus, in præsentia septem testium facere instrumentum publicum, & Notarius faciat tale instrumentum, tunc tale instrumentum de per se plene probat, dato, quod omnes testes sunt mortui, *gloss est approb. in l. 2. in ver. Publicano ff. Quemad. testa. aper. secundum Bart. & Doct. ibi Bart. & Doct. in l. 1. C de testam.* Et tunc etiam non est opus quod publicetur, id est quod in publica documenta redigatur. Et sic etiam non est opus remedio l. Publicati. C. de testa. *de quo etiam nota. per Barto. in d. l. 2.*
Et † quod per illa verba testamenti, Item gib ich meiner Tochter Kindern / daran sollen sie meine Schulden bezalen / testator instituerit neptes suas, ex filia prædefuncta hæredes, & ita reliquerit eis hæreditatem, & per consequens etiam legitimam, titulo constitutionis patet, 4

quia illud verbum: Gebe ich/ & ita verbum illud Do, vel Relinquo, est adiectum ad verbum, omnium suorum bonorum, & non certæ rei vel quantitatis. Ideo importat institutionem, *per text. in l. Dictus, quem ibi ad hoc not. Bart. ff. de testa. mil. gloss. not. in §. Si vero nullam, in versic. Cuilis. in Authent. de hered. & fal. colla. 1. Salyc. in l. Quoniam indignum, per text. ibi Cod. de testa. cum similib.* Et hoc etiam confirmatur ex sequentibus verbis, scilicet: Daran sollen sie meine schulden bezalen/ cum actiones hæreditariæ solum competant contra hæredem, *in Rubr. & Nigr. vt action. hered. l. 1. Cod. Si cert. peta. l. Creditor. l. Hæreditas. Cod. de Actio. hered. l. Licet. Cod. Famil. hercisc. l. Heres in commune consulens. ff. de acquiren. hered.* Et ita præcedentia declarant sequentia, *per not. in l. Talis scriptu. ff. de lega. 1. & in l. Quinquis, de leg. 3.* Imo si in testamento, in quo necessaria est institutio hæredis, fuerit apposita clausula codicillaris, sicut in nostro testamento, testator intelligitur reliquisse titulo institutionis, *secundum Bald. in l. Quoties. Cod. de hered. institu. Alexand. de Imol. in l. Nam quod. §. Non omnes. ff. ad Trebellian.* Imo in testamento inter liberos condito, semper intelligitur clausula codicillaris, scilicet, vt si non valet iure Testamenti, valeat iure Codicillorum, dato quod illa clausula non fuerit apposita. *glo. est not. in l. Ad hac. §. Filia, in ver. Non valebit. ff. de vulg. & pupill. sub.* Ex qua Ioan. de Imo. ibi notat, quod semper in testamento condito inter liberos, intelligatur clausula: Si non valet quod ago vt ago, valeat omni meliori modo, quo potest *Alexand. de Imol. & Iason in dict. §. Ex imperfecto.* Ex prædictis claret, quod testamentum D. R. vt à patre conditum inter liberos: cum appellatione parentis, non tantum pater, sed etiam auus, proauus, & deinceps omnes superiores: Et matris appellatione non tantum mater, sed etiam auia & proauia, contineantur. *l. Appellatione parentum, cum sim: lib. Digest. de verborum significat.* & text. in dict. §. Ex imperfecto. loquitur, in omnibus parentibus vtriusque sexus, est validum, & ex prædictis optime defensatum.

Quantum ad secundum principala videtur, quod D. Doctor habeat legitimam administrationem in hæreditate aui materni, scilicet D. R. delata ex testamento liberis suis, neptibus dicti testatoris, ea filia scilicet prædefuncta, & etiam quod non teneatur reddere rationem administrationis suæ, in huiusmodi hæreditate, siue bonis aduentitiis delatis liberis suis in sua constitutione, & quod etiam competat ei vsusfructus, etiam quoad duas filias maritatas, cum etiam remanserint in patria potestate. Et quod testator huiusmodi neptibus suis, adhuc in patria potestate constitutis, non poterit in testamento suo de iure dare tutores, & ita quod huiusmodi datio nō valeat, sed sit ipso iure nulla. *Nam de hoc sunt text. rotunde, in dd. ll. scilicet l. 1. & l. Quicquid. C de bon. mat. d. l. Cum oportet, & l. Quacunque, & l. fin. & quasi per totum istum tit. C. de bon. quæ libe.* & in §. Non autem hypothecam, in d. l. Cum oportet, dicit inter cætera Imperator, quod parentes huiusmodi rerum habeant plenissimam potestatem, vti fruiq; his reb. quæ per filiosfamilias secundum prædictum modum acquiruntur, & gubernatio eorum sit penitus impunita, & nullo modo audeat filiusfamilias vel filia, vel alia deinceps persona, vetare eum, in cuius potestate sunt, easdem res tenere, vel quomodo voluerit gubernare: vel si hoc fecerint, patria potestas in eos exarcenda est: sed habeat pater plenissimam potestatem, vti, frui, gubernaraq; res, prædicto modo acquisitas. *De hoc est etiam tex. in l. si quis prioris. §. fi. in fi. C. de 2. nup. Probatur etiam per tex. in §. Quoniam omnino, in Auth. de nupt. coll. 4.*

Quod autem duæ filiæ maritatæ præfati domini Doctoris adhuc in patria potestate constitutæ sint, patet,
quia † filiafamilias nuptui tradita manet in potestate pa- 5
tris, quo ad effectus iuris, quos operatur patria potest. *ut*
l. si vxor. C. de cond. inser. l. Filia licet. C. de collat. §. 1. Inst. ad Tertu ll.
Et solum transit in potestatem viri, quo ad debita carnis
obsequia, & ad operandum, *secundum glo. in l. Sicut. ff. de ope. r.*
libe. Bar. & Doct. in prealleg. ll.

Item † quod auus maternus neptibus suis, ex filia sua 6
prædefuncta in patria potestate existentibus, non potuerit dare & constituare tutores, vel etiam curatores, in testamento suo, videtur satis clarum, ea quo pater, ratione patriæ potestatis, est huiusmodi bonorum, ea linea materna, legitimus administrator, cum huiusmodi administratio sit ei concessa, & indulta à lege, *iuribus supra alleg.* Præterea liberis constitutis in patria potestata, non potest dari tutor, cum repugnet definitio tutelæ, *Inst. in princ. de tut.* Imo auus paternus habens nepotes ex filio in potestate, non potest in testamento suo dare huiusmodi nepotibus suis tutores, si recasuri sint eo mortuo in potestatem patris eorum *§. Permissum. ver. Nepotib. vsq. ad fi. Inst. de Tute.* Multo minus auus maternus neptib. suis ex filia, adhuc in patria potestate constitutis, potest hoc facere: cum huiusmodi neptes ea filia, non sint in potestate aui materni, sed patris eorum, *§. fi. cum simil. Inst. de patr. pote.* Et quod liberis in patria potestate constitutis, possint solum regulariter dari in testamento tutores à parentibus, in quorũ potestata sunt, patet per tot. tit. ff. & C. de testa. tute. & in d. §. Permissum. Inst. de Tut.

Sed prædictis omnib. & aliis non obstantibus, de iure verius videtur, quod prædicto D. Doctori salua sua pace, de iure possit & debeat interdici administratio in dicta hæreditate, siue bonis hæreditariis, & aduentitis liberis suis ab eorum auo materno, scilicet D. R. ex testamento suo delatis. Et primo, probatur hoc ea prouisione legis. Secundo, ea prouisione speciali testatoris. Quod autem ex dispositione iuris communis possit et interdici administratio huiusmodi ostenditur hoc modo. Et primo, præsupponitur pro vero, quod D. Doctor, pater dictarum neptum, ad inopiam vergit, quia maximum dispendiũ in substantia sua passus est, & in magno ære alieno inuolutus, & astrictus, & ita pauper factus, & conditio eius deterior effecta est. Et quod non habet tantũ in bonis amplius, quantum in dictis bonis hæreditariis reperi-
tur, vt toti illi patriæ cognitum est. † Dicuntur enim bona 7
deducto ære alieno *l. Subsignatum. §. Bona. ff. de verb. sig. cum simil.* & quod bona dictæ hæreditaria pro maiori parte sunt
mobilia, sicut pecuniæ & alia quæ pertinent zum hütten
Handel. Nam † expeditum est, quod bona patris sunt ta- 8
cite obligata, & à lege hypothecata liberis, pro conseruatione rerum ea linea materna, ad eos deuolutarum, & incœpit talis hypotheca à dia administrationis, *ap. text. in d. l. Cum oportet. §. Sed cum tacitas, & in d. l. Si quis prioris. §. fin. C. de secun. nup. Nec prædictis obstat text. in d. l. Cum oportet. §. Non autem hypothecam. & dict. le. fin. §. Hoc procul dubio. C. de bon. quæ libe.* Quia verum est, quod liberi non ideo habent hypothecam in bonis patris, quia male gerat, vel administret, vel gubernet: & ita loquuntur in contrarium adducta. Sed bene habent huiusmodi hypothecam in bonis patris, vt si pater alienet res vel alias mala administret dissipando, vt huiusmodi res alienatas vel earum precium consequi possent, *vt ibi, & ita in effectu vult gloss. 1. notabilis, in tertia solutione ibi, vel verius non habet communiter, ibi per Docto. approb. in dict. §. Non autem hypothecam, & per Docto. in dict. §. Sed cum tacitas.* & sic iura aperte volunt, quod si pater huiusmodi bona hæreditaria aduentitia liberis delata, dissipet vel consumat, quod filio succurratur & consulatur in bonis patris taliter, vt iam deductum est eis hypothecatis; Sed

eum bona dicti Doctoris sint valde exigua, & pauca, respectu dictorum bonorum hæreditariorum liberis suis delatorum, non posset eis consuli, nec subueniri, prætextu huiusmodi hypothecæ, si ea administrando consumeret, quod isto casu omnimodo etiam esset timendum, propter paupertatem eius. Ergo ei omnino interdici debet huiusmodi administratio, vt apertissime ex
9 istis iuribus infertur. Potissimum † eum paria sint, nullam habere hypothecam & habere, sed inutilem, siue minus idoneam. *opt. arg. l. Quoties. ff. Qui satis. cog.* Et pro hoc optime facit text. cum glo. in §. Sed & propter paupertatem. Inst. de excus. tutor. & in l. Paupertas, cum glo. ff. de excusa. tut. vbi habetur, quod ille nō dicitur idoneus tutor, qui non habet tantum in bonis, quantum pupillus. & quod notat etiam gl. in simili. & ibi Ludo. Roma. in l. 2. ff. Qui satis. cog. scilicet quod idoneus fideiussor de iudicio sisti dicitur, qui tantum habet in bonis, quod ascendit ad valorem causæ, pro qua intercedit.

10 Præterea † quod domino Doctori patri prædictarum neptum, non obstante patria potestate, tanquam dilapidatori bonorum (quod sit dilapidator bonorum, satis ostendetur) non referendo, an sit in dolo, siue culpa, siue non, de iure possit, & debeat administratio interdici, in bonis ex linea materna, & ita aduentitiis huiusmodi neptibus liberis suis delatis, probatur per text. in l. fin post mediū. C. de sen. pass. vbi expresse vult Imperator, quod si pater habens filium in potestate, fuerit deportatus, & sic perdidit patriam potestatem, & propterea fuerit datus tutor vel curator filio habenti bona, pater demum restituitur, ex indulgentia principis aduersus bona. & sic recuperauit possessionem, debet sibi restitui legitima administratio bonorum filii, nisi pater esset prodigus & dissipator, quia tunc non restituitur ei huiusmodi administratio bonorum filii, licet non sit ibi dolus, vel culpa in hoc. Nec obstat, si dicetur, prout dicit Ang. in l. Imperator. ff. ad Trebell. quod in d. l. fi. concedebat administratio bonorū filii patri ea gratia, quia fuit de gratia restitutus. Quia, vt respondit Ioan. de Imol. in dict. leg. Imperator, ratio posita ibi in text. Quia scilicet dissipator, est generalis ad istum casum. Ergo ex identitate rationis debet extendi ad alium casum. *allegat. l. si ff. de pro. cel. & l. 1. cum ibi not. C. Quæ sit long. consue.* Nec est verum, secundum eum, quod ea gratia sibi fuerit restituta administratio bonorum: Sed bene verum, quod in consequentia ex gratia restitutio. ipsi obueniebat administratio bonorum filii. Item probatur etiamsi non esset, d. l. fin. Quod patri dissipatori potest interdici administratio in bonis aduentitiis liberorum, quos habet in potestate, dato, quod nec dolo, nec culpa dissipet, sed sufficit quod re ipsa dissipet, per text. opn. & singu. in l. Imperator. ff. ad Trebell. hoc modo inducendo. Nam ibi fuit pater institutus, & rogatus filio suo in potestate sub conditione, si io sua potestate esse desiisset huiusmodi hæreditatem restituere: Si ipse dissipator erit etiam reipsa, sine dolo, culpa, & consilio, tunc ante conditionis euentum tenetur eam filio restituere, & patet per verbum, In fraudem, & etiam in ver. Per fraudem, ibi in text. positum, & in fraudem. id est, damnum vel damnationē, & sic sufficit, quod sit fraus ipsa re, licet non consilio, dolo, vel culpa *facit ad hoc quod not. in l. Si quis cum aliter. ff. de verbor. obligat. Et quod etiam dicitur fraus reipsa, sine dolo expresse, probat etiam text. cum gloss. in l. Iurisgentium. §. Sed si fraudandi. ff. de pact. & ita expresse determinat in d. l. Imperator, valde notab Paul de Castr. & Alexan de Imol.* Pro hoc etiam bene facit. quod notabili. determinat Alexand. de Imol. in l. Si constante, *in princ. mihi in 5. colum. vers. Rapha his sequitur opin. Bartol* ff. solut. matr. vbi dicit, quod §. Illud. In Authen. de æqual. dot. etiam militat, & habet locum quando maritus negociaretur in mari, & naufragio merces submergerentur casu fortuito, quia † habito respectu 11
ad euentum dicitur quis dilapidare, etiam si hoc sua culpa non contingat. *ad hoc alleg. l. Sed an actio §. fin. & quasi per tot. illam l. ff de neg. gest.* facit etiam gl. not. & sing. in l. 2. §. Quod si in patris. ff. solut. ma. vbi ad hoc, vt in filiam solam consolidetur actio de dote, æquiparantur illi duo casus, sc. filiam esse effectam sui iuris, & patrem esse effectum inopem, *& ibi Bar. & Doct.* facit etiam quod decidit ibi Bar. ad fi. quod si vxor alicuius decessit, remanentib. filiis de hæredibus, & marito patre filiorum, qui dissipat omnia bona, quod filii possunt agere contra patrem, quod dos non consumetur, *per illam glo. & d. l fin. C. de sen. pass.* Et † dicit Inno. notanter in c. fin. de sequ. poss. & fruct. quod ille qui 12
pro suis necessitatibus consumit fructus, dicitur eos dilapidare. *Refert & nota. sequitur Bald. in d. c. fin. Angel. in l. Diuus. ff de pet. hered.* Ex istis patet, quod dominus D. reipsa est dilapidator bonorum suorum, licet casu, sine dolo, & culpa sit factus pauper, & eius conditio effecta deterior. Et ideo si haberet, & esset in actuali administratione rerum huiusmodi materni generis neptibus, & ita liberis suis delatarum, deberet ei interdici huiusmodi administratio. Multo magis testamentarii de iure prohibere possunt, ne perueniat ad huiusmodi administrationem huiusmodi bonorum aduentitiorum liberorum suorum. Nam si est dissipator bonorum suorum; quanto magis præsumitur dissipator in bonis liberorum? quia qui non est diligens in propriis, minus est in alienis, Ergo &c. Et vt illud vltra prædicta clarius deducatur, † est sciendum, 13
quod licet filius, viuo patre, nullum ius habet in bonis patris, etiam quo ad legitimam. *Arg l. 1. §. Si impubes. ff. de col. bono facit. quod not. in Auth. Si quā mulier. C. de sacr. Eccle. cum simil.* Ideo pater potest bona sua alienare &c. Tamen hoc debet restringi, nisi ita faceret, quod caderet in nomen dissipationis, nam tunc pater dissiparet bona propria, quæ nullo iure sunt liberorum, nec subiacent restitutioni, Iudicis officio potest cogi assignare legitimā filiis. *Ita no. determinat Bald. in l. 2. C. Si in fraud. patr. & sequitur ibi Paul. de Cast. & in d. l. Imperator.* Si ergo dilapidatio, quæ, vt adductum est; dicitur etiā reipsa, hoc operatur, quod filii possant omnino patrem eorum petere ei assignare legitimā in bonis propriis patris, in quibus eo viuo nullum ius habent, quanto magis neptes possunt petere, vel testamentarii nomine eorum, ne administratio bonorum aduentitiorum, in quibus liberi habent proprietatem, & dominium, perueniat ad patrem dilapidatorem, etiam reipsa &c. Ex istis iam concluditur; licet possent plura alia adduci, quæ breuitatis causa omissa sunt, quod ex dispositione iuris communis etiam præfato Doctori dissipatori, licet casu fortuito, vnd also daß jhm der Hüttenhandel vmbgeschlagen / & ita etiam pauper effectus est, non debet concedi administratio in hæreditate aui materni liberis suis delata, non obstante patria potestate. Ex quibus sequitur etiam illud, videlicet, quod sępedicto Doct. non debetur etiā vsusfructus in sępedictis bonis materni generis, *quicquid dicat Ioan. And. in Addit. ad Spec. in tit. De donat. int. vir. & vxo. in §. Formatur.* Ita † inconuincibiliter probā- 14
tur per text. in d. l. Imperator, in fi. vbi reseruantur patri dissipatori et reipsa tantum alimenta in casu indigentiæ, & tamen ibi plus iuris habebat in dictis bonis, quam hodie in aduentitiis bonis liberorum habent, quia habebat dominium antequam filium suum emanciparet, & tamen propter dissipationem etiam reipsa, vt supra adductum est, perdit administrationē & vsumfructum. Et si haberet alia bona, non deberet etiam alii de redditibus

bonorum

bonorum ipsorum, *vt colligitur ex text. ibi.in ver. Agenti.* Ergo multo fortius in aduentitiis liberorum, in quibus non habet nisi vsumfructum, debet illum perdere, & solum sunt sibi in casu indigentiæ reseruanda alimenta. *Et ita per illam l. Imperator, determinant ibi Paul. de Castr. & Alexand. de Imol. lumen vtriu ciuilis.* Et istis casibus, quibus patri potest interdici administratio bonorum aduentitiorum liberorum de iure cogitur, si fuit peritum, reddere rationem, siue administrationem. *Ita loquitur dict. §. Sed cum tacitas.*

Nec prædictis omnib. obstant iura in principio in contrarium adducta. *scilicet l. 1. & l. Quicquid. C. de bon. ma. & l. cum oportet. & §. Quoniam omnino, cum aliis,* quia loquuntur & intelliguntur, quando si pater dilapidaret bona, aliunde esset eis consultum, scilicet si venderet immobilia, quæ filii vendicare possent, tunc ei non posset interdici administratio, & haberet vsumfructum, nec cogeretur reddere administrationis suæ rationem &c. Secus si non esset consultum eis, quia bona sunt mobilia, vel aliter dissipat, quod eis non posset esse consultum, *per iam alleg. iura.* Et hoc, vt in casu nostro, vbi bona dictæ hereditatis aui materni, pro maiori parte, sunt immobilia, pecuniæ scilicet, & alia pertinentia ad negociationem deß Hüttenberges/ *secundum Bald. Paul. de Cast. & Alexan. de Imol. in d. l. Imperatorem. Bart. in d. §. Non autem hypothecam, & in d. l. fin. C. de sent. pass. Bald. in l. Filio eius, mihi, in pen. col. in fi. C. Famil. hercis. & in d. l. 2. C. Si in fraud. patro.*

Præterea posito, quod tamen non est verum, vt ex supra adductis patet, quod ex dispositione iuris communis D. Doctori non posset interdici administratio in dicta hæreditate aui materni delata liberis suis, tamen est ei in specie interdicta à testatore, præfato auo materno, quia neptibus suis, liberis Docto. in suo testamento curatores & administratores in huiusmodi hæreditate constituit, ordinauit, & dedit, quod de iure facere potuit, & patrem Docto. exclusit ab huiusmodi administratione, rationem assignando, per hæc verba, Dann er sey in ein vnrath vnd vngefell kommen/ daß er sich besorget die Kinder in fürtern Schaden zu führen. Nam parentes & extranei possunt committere administrationem bonorum relictorum filiisfamilias, cui volunt, *per text. in l. in fideicommissi. §. Polludius. ff. de vsur. & in Authent. vt liceat matr. & aui. in princ. colum. 8. & ibi pulchre per Iacob. de Bell. cum concord. per eum adductis.* Ex quo ergo testator neptibus suis ex filia sua prædefuncta expresse prouidit & disposuit de curatoribus & administratoribus, in huiusmodi bonis hæreditariis, cessat prouisio legis, quæ disponit, quod pater habeat administrationem, quia expressa prouisio hominis facit cessare prouisionem legis, per vulg. Ergo &c. Nihil est enim quod magis hominibus debetur, quam vt supremæ voluntatis, postquam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & liberum, quod iterum non redit arbitrium. *leg. 1. C. de sacrosanct. Eccles.* Imo voluntas defuncti est Lex, & pro lege seruanda. *§. Disponat, in Authen. de nupti. colla. 4.* Et sic lex mandat huiusmodi voluntatem defuncti aui seruari, vbi voluit, quod curam siue administrationem suæ hæreditatis alii habeant, quam Doctor, pater neptum ipsius testatoris defuncti. Nec istis obstare potest, si in contrarium adduceretur, quod cum leges disponant, vt in ll. supra allegat. quod pater habeat legitimam administrationem & vsumfructum in hæreditate materni generis, liberis suis, in patria potestate cõstitutis ab intestato, vel ex testamento delata. Sed nemo potest facere nec disponere, quod leges in suo testamento non habeant locum. *l. Nemo potest. ff. de leg. 1. l. Testandi. Cod. de test. l. Quidam decedens. ff. de administr. tuto. in cap. Requisisti. & ibi Abb. & in cap. Tua nos, de testam.* Nam illud procedit & intelligitur in legibus aliquid inducentibus pro forma & solennitate testamenti, sed in aliis secus, *secundum Bart. in l. 2. C. vt in poss. lega.* Multis enim legibus aliis derogare potest testator in testamento suo, aliter videlicet disponendo. Potest enim disponere, quod vsusfructus in patrem habentem filium in potestate, non transeat, *vt in Authen. vt lice. ma. vel aui. in princ. Authent. Excipitur, C. de bon. quæ lib.* Item potest disponere, quod dominium rei legatæ non transeat in legatarium, nisi apprehensa possessione, *secundum Bal. in d. l. 2. C. vt in possess. leg. & sic in multis aliis.* Ita potuit hic testator disponere, quod administratio non perueniat ad Doct. patrem neptum, ex filia testatoris prædefuncta, sed ad alios per eum deputatos in suo testamento, Ergo &c. Et sic cum prædicti executores, siue etiam constituti testamentarii, tutores vel curatores, à testatore constituti præferuntur patri, & etiam omnibus aliis, si pater eorum esset mortuus: cum testamentarius tutor, vel curator, omnibus aliis præferatur etiam legitimis, per iura vulg. & probatur etiam ex ordine titulorum iuris ciuilis. Nam primum tractatur de testamentaria tutela. Secundo, de confirmando tuto. Tertio, de legitimo tutore. Quarto, de datiuo, *vt in Rub. de tuto. & cura. datis ab his. ff. Et qui dare tut. poss. circa princip. Cod.* 15

† Nec obstant in contrarium allegata, quod constitutis in patria potestate, non possit dari tutor &c. Nam hoc procedit regulariter, fallit in casu d. l. fin. C. de sen. pas. scilicet, quando pater est dilapidator, tunc in bonis filii bene potest dari tutor, tenendo prout verum est, & supra etiam adductum, quod ibi ponitur casus singularis. Et ita volunt in effectu Bart. Paul. de Castr. Ioan. de Imol. & Alexand. de Imo. in d. l. Imperator, in quantum volunt, quod ratio in d. l. fin. in text. posita, est vniuersalis, ideo debet extendi etiam vltra casum, ibi specialiter positum: & sic secundum hunc modum verbum Tutores, positũ in dicto testamento, refertur ad neptes pupillaris ætatis, & verbum Vormunden/ quod est generale verbum, ad neptes adoltæ ætatis.

Præterea tenendo, quod d. l. fi. C. de sen. pas. ponat casum specialem, in quo filius, in potestate constitutos, possit habere tutorem, & ibi vult gl. & dicit Salyc. ibi, quod euenit propter duo, quia ibi tutor est congruo tempore datus legitime. Item propter malos mores, & dissipationes patris, & neutrum de per se sufficit secundũ eum ad hoc inducendum, tamen cum etiam extra dictum casum si pater est dissipator, etiam re ipsa, vt supra copiose ostensum est, ei interdicitur administratio in bonis liberorum, *per d. l. Imperator.* Et ideo licet non possit liberis in potestate dari tutor, durante patria potestate, qui principaliter datur personæ. *Instit. de tute. in prin. cum supra allegat.* potest tamen bonis ipsis dari curator à Iudice *d. l. fin. versi. Sine è contrario patre recusante. C. de bon. quæ lib.* Nam curator principaliter datur rebus siue bonis. *l. Inuito. cum simılib. ff. de tute.* Licet, secundum alios, possit etiam dari tutor pupillis in potestate patris dilapidatoris constitutis propter generalitatem rationis *d. l. fin. C. de sen. pas.* quia licet principaliter detur personæ, datur tamen in consequentiam in bonis. *l. In copulandis. C. de nup.* Sed de hoc non est curandum, cum satis consultum auo defuncto & neptib. suis, quod patri interdicatur administratio in bonis aduẽtitiis liberorum, & detur curator substantiæ, siue bonis: & ista fuit mens expressa testatoris, quod ei interdicatur administratio. Et sic patet, quod dato, quod auus maternus non potuisset cõstituisse & ordinasse neptib. suis in potestate patria constitutis, tutores, tamen potuit ex causa sæpe adducta, scilicet dilapidationis, constituere & dare curatores.

Nec obstat isto casu, si diceretur, quod voluit dare tutores, vt patet in verbo, Tutores. Sed in vltima voluntate si non valet quod ago vt ago, non valet etiam eo modo, quo valere potest. *l. Non codicillum. Cod. de testam.* Nam isto non obstante, si datio tutoris facta ab auo materno non valuisset, & ita non posset neptibus suis in patria potestate constitutis, in testamento suo dare tutores, tamen adhuc valeret eius dispositum, & verbum, Tutores, exponeretur, id est Curatores, per text. notabilem, & ad litet. in l. Pater Seuerianus. §. Conditionem. ff. de cond. & demon. vbi si nominantur tutores, qui deberent esse curatores, exponentur curatores. Et huic non obstat alius text. notabilis in l. Tutores. §. 1. ff. de administr. tut. vbi si pater in testamento dedit curatores filiis suis pupillis, talis dispositio non valet, nec in vim curatorum, nec in vim tutorum. Nam hoc ideo est secundum Bartol. ibi, & Paul. de Castr. in d. §. Conditionem, quia tutela habet se in plus, quam cura, quia datur personæ & rebus, vnde significatio eius potest decrescere ad minus, *vt. dict. §. Conditionem.* Nam significatio verbi cura, cum curator solum bonis detur, nō potest crescere de minori ad maius, quia
16 facilior † est descensus, quam ascensus, *per not. in l. fin. C. de bon liber.*

Nec prædictis obstat, si allegaretur, quod pater de iure Saxonum, sit curator bonorum maternorum filiorum suorum, *vt in Spec. Sax. arti. 11. lib. 1.* Nam responsio patet, quia curator testamentarius, sicut tutor testamentarius omnibus aliis præfertur. Patet etiam responsio per ea, quæ habentur im Weich/ arti. 26. in gl. quæ est ad hoc singularis & optima, ad quam me breuitatis causa remitto. Ex quibus etiam infertur, ex quo auus maternus interdixit administrationem Doctori, propter eius paupertatem & dissipationem re ipsa, quod voluerit etiam ne vsusfructus ad eum perueniat, per ea quæ adducta sunt in inducendo *d. l. fin. C de sen pass & d. l. Imperator.* Præterea vsusfructus & administratio in bonis aduentitiis videntur esse correlatiua, vt scilicet vno interdicto, & reliquum intelligatur interdictum, *per d. Auth Excipitur. Cod. de bonis quæ libe. facit etiam bene text. in l. Si vsusfructus §. Si ita per seruum, ibi, finge hoc nominatim expressum, & quod notat Bartol. ibi in fin. ff. Quan dict. le. ced.* Et quando auus maternus, vel alius committit alteri administrationem in bonis relictis filiofamilias, secundum quod habet talis hæreditas vel relictum naturam castrensis peculii, tunc pater vsufructu & legitima administratione priuatur, *vt in dict. Anthent. Vt liceat matr. & aui. in pr. & ibi expresse colligit Iacob. de Bello.*

Et quod D. Doctor non habeat legitimam administrationem in parte delata filiabus suis maritatis, dato quod ipse non esset in effectu pauper, & ita re ipsa dilapidator, & quod auus maternus in testamento suo non ordinasset alios curatores, siue administratores, est clari iuris municipalis Nam de iure Saxonum maritus est curator siue legitimus administrator bonorum vxoris suæ, arti. 30. & 45. & arti. 25. lib. 3. Cum ergo illud testamentum sit conditum in Saxonia, vbi hæredes instituti habitauerunt cum patre eorum, intra Saxonum, & ita iura municipalia terræ seruanda sunt, per doctr. Bart. communiter approbatam in l. 1. C. de sum. trin. & fid. catho. Et quod pulchre not. Bald. in 4. & 5. quæst. C ne fil. pro patr. vbi traditur, quod quo ad statuta, quæ respiciunt solennitatem contractus, vel quæ pertinent ad causæ, vel litis decisionem, inspicitur locus contractus, *per l. Si fundus. ff. de Euic. cum simil. ibi add.* Insuper optimum argumentum est de contractibus ad vltimas voluntates, & econtra, iuribus vulg. Et sic istis calib. Dominus Doctor adhuc non posset se ingerere administrationi, in parte præfatis vxoribus delata. Et quod huiusmodi statutum valeat, patet,
quia † bonum est etiam argumentum de testatoribus ad 17
statuentes, & econtra *l. fin. C. de rebus alien. non alien. d. §. Disponat. Angel in l. 1. ff de acquir rer. domi. per text. quem ad hoc reputat sing. in l. 4. Cod. de omni arg defer. libr* 11. Et ideo prohibitio testatoris æquiparatur prohibitioni statuentium, *Pet. de An-*
cho. in Consil. 100 incip. Plura sunt dubia. Et † per omnes mo- 18
dos, per quos conicitur mens testatoris, conicitur etiam mens statuentium, *secundum Angel. notabiliter in Consil. 181.* Si ergo testator potest interdicere administrationem; Ergo statuto patriæ potest interdici administratio in bonis filiæ siue vxoris, dato, quod sit in patria potestate, & dari siue committi maritis: Licet istud argumentum non procederet, quo ad derogandum solennitatibus requisitis à iure ciuili in testamento. Nam tunc statutum plus potest quam testator *l. Non testandi, iunct. l. Si non specialis, de testamen.* Iura etiam mandant iudicari secundum statuta, & consuetudines locorum, *vt in cap. 2. de eo qui mis. in poss & in cap. Illa. 12. dist. l. An in totum cum simil. Cod. de edi. pri.* Item statuta & consuetudines locorum sunt ius ciuile. *c. distinct. cap ius ciuile. l. Omnes populi ff. de iust. & iur.* Et ideo si fuerit in aliquem compromissum, etiam vt pronunciet secundum iura, poterit tamen pronunciare secundum consuetudines, & statuta iuri contraria, *secundum Anthon. de Butr. in c. Quinta vallis, de iureiur.* & late per Abb. in Rub. de consi. vbi etiam notabiliter infert, quod posito, quod appellatione iuris, intelligatur de iure communi tantum; tamen satis pronunciatur secundum ius commune, ex quo ius commune mandat seruari statuta, & con-
suetudines locorum. Ex quibus optime patet, † quod 19
pater non habet legitimam administrationem de iure Saxonum in bonis filiarumfamilias etiam maritarum, cum eo iure maritus sit legitimus administrator, tutor, vel curator eorum. Quin posset de iure attemptari, quod iure Saxonum, pater non habeat filias suas maritatas in potestate, sed quod sint in potestate viri: Nam ius patriæ potestatis est adinuentum de iure ciuili Romanorum. §. *Ius autem potestatis. Inst. de pat. potestate.* Sed istud ius Romanum, quantum ad patriam potestatem liberorum, videtur sublatum de iure Saxonum, quantum ad filias maritatas. Nam si esset in patria potestate filia nupta, in bonis ei delatis acquirit patri, quo ad vsumfructum hodie regulariter. Quod tamen non est de iure Saxonum, Deñ der Sachs spricht/ Daß Weib vnnd Mann in stehender Ehe habend vngetheilte Güter/ vt in d. arti. 31. in pri. lib. 1. in Spe. Saxo. Item ius municipale Saxonum abstulit omnem curam, & administrationem à patre filiarum nuptarum, & transtulit eam in virum, vt supra ostensum est: Item de iure Saxonum, pater non potest agere nomine filiæ nuptæ, sed vir. Præterea nec requiritur consensus patris, qui requireretur, si esset & maneret in patria potestate *d. l. fi. §. Necessitate. C. de bon. quæ lib. & per no. in c. de iud. lib. 6.* & sic patet; quod effectus necessarii iuris patriæ potestatis, non habent locū de iure Saxonum in filia nupta, ergo nec causa, & sic ius patriæ potestatis. Nam sicut cessante causa, cessat effectus, ita cessantibus effectib. necessariis alicuius causæ, cessat & causa, *per tex. in c. Cum cessante, de App.* Quia paria sunt, non habere ius patriæ potestatis, vel habere inutiliter, & sine effectu. *Arg. d. l. Quoties. ff. Qui satis. cog. cum simil.* Et dato quod filia nupta esset & maneret in patria potestate, tamen patri non committetur administratio bonorum eius, sed marito, de iure Saxonum. Et sic ex prædictis patet, quod D. Doctori in parte dict. hæreditatis, filiab. suis delatæ, nun cōpetit administratio, nec vsusfructus de iure Saxonū, quod in ista terra seruandum est,

dato,

dato, quod ei competeret, ficut etiam non competit, vt fatis clare probatum eft, in partibus delatis alias liberis fuis.

THEMA CONSILII XXI.

Quod Iudex fecularis pofsit punire laicos delinquentes in Ecclefiis, &c.

SVMMARIA.

1 *Delinquentes in Ecclefiis per Iudicem fecularem puniendi funt.*
2 *Ecclefia non habet territorium, nifi refpectu Clericorum.*
3 *De crimine commiffo extra territorium, Iudex poteft per inquifitionem cognofcere, &c.*
4 *Ecclefia eft extra diftrictum Iudicis fecularis.*
5 *Ecclefiæ funt de territorio, in quo funt fituatæ, quantum ad protectionem, &c.*

CONSILIVM XXI.

1 DOMINI noftri Iefu Chrifti auxilio fuppliciter implorato.† Clari iuris eft, quod fi laici, & ita fubiecti iurifdictioni iudicis fecularis, delinquentes in ipfis Ecclefiis, fiue venerabilibus domibus, vel locis, per Iudicem fecularem puniendi funt, per text. ad literam, in §. Quia vero ita &c. vbi deciditur; Quod fi quis factis prius tribus proteftationibus, &c. inuenerit vxorem, filiam, neptem aut fponfam in Ecclefia loquentem, fiue confabulantem, cum illo, quem habet fufpectum, & cui huiufmodi proteftationes factæ fuerint, quod poterit eos tradere defenfori Ecclefiæ, vel aliis Clericis, vt eos diuifos fuo periculo cuftodiant, donec Iudex fecularis eos recipiat, & fecundum leges iudicet, *in Authen. cap. Vt liceat ma. & auia. & in d. l. Si quis in hoc genus, ibi fcilicet, quod geritur à prouinciæ Rectoribus animaduertatur, atque ita prouinciæ moderator &c. C. de Epifc. & Cler.* Et eft etiam de iure Canonico quafi expreffum, *in d. cap. Immunitatem, alias fin. in fin. inducendo illum text. in fin. prout ibi eum inducit Panor. in verfi. Nota vltimo, ex fine argumentum optimum, & quafi expreffum, & c. de immun. Eccl.* Et fic videtur clariffimi iuris effe, quod Iudex fecularis laicum delinquentem in Ecclefiis, punire poffit, & ita quod habeat in eum, ratione delicti ibi commiffi, tanquam in fuum fubditum Iurifdictionem, *per quæ iura fcilicet, d. leg. Si quis in hoc genus, & d. cap. fin. expreffe ita determinat Bart. Magifter veritatis, in d. l. Si cui, in §. Sacrilegium, in verfic. Quæro delictum. ff. de accufatione. Refert, & fequitur Panorm. in d. c. Cum fit generale, mihi etiam in penult. colum. verfi. Addo & alium cafum, de foro compet. & in d. c. Immunitatem.* Et affignat Panorm. in d. c. Cum
2 fit generale, rationem, in hæc verba prorumpens: † Quod Ecclefia non habeat territorium, nifi refpectu Clericorum, ideo non impedit fe de delictis laicorum, etiam in Ecclefiis commiffis. Nec fecundum eum obftat gloff. in Authen. Item nulla communitas, quæ dicit, quod ratione delicti laicus eft de foro Ecclefiæ: quod intellige, quando delinquit in Ecclefia, ipfam collectando, vt ibi dicitur, vel aliter bona ipfius rapiendo, tum enim punitur ratione facrilegii, vt ibi dicitur. *Et eft gloff. in verbo, ab Ecclefia.* Et quod Iudex fecularis debeat punire laicum delinquentem in ipfa Ecclefia, expreffe & ita etiam notabiliter tenet Angel. Peruf. in d. §. Quia vero ita, alias fin. qui aperte loquitur de Iudice feculari, vt apparet ex verbis, ibi fcilicet: Sed omnibus modis Iudicibus eos tradi, & pœnam fuftinere, qua digni funt, qui fanctiffima loca violare præfumunt, & ibi tamdiu cuftodiant, donec Iudex eos accipiat, & fecundum leges caufas difcernat. Infert enim ibi Angel. per hæc verba: Et † per hoc patet,
3 quod de crimine commiffo extra territorium, Iudex poteft per inquifitionem cognofcere. Et paulo poft fubiungit: Et hinc etiam litera dicit, quod Iudex fecularis cognofcet, & tamen delictum fuit commiffum in Ecclefia, & fic extra territorium. Concordat l. Si quis in hoc genus. C. de Epi. & cler. & ita tenuit Cynus in ciuitate Senarum difputando &c. Hæc ille. Idem expreffe etiam tenet Salyc. per d. l. Si quis in hoc genus, & per illa iura ibi per eum allegata, in Authen. Item nulla, *mihi in 1. column. verfic. Quæro laicus in locum deliquit, infra limites Ecclefiæ.* Cod. de Epifc. & cler. vbi plus vult, fcilicet quod teftamenta infra limites Ecclefiæ, fecundum ftatuta illius ciuitatis facta, valeant, licet careant folennitatibus à iure communi requifitis, quod etiam dicit probari de iure Cano. allegat ad hoc text. in c. Quamuis. verfic. Quanquam. vbi probatur, quod Ecclefiæ pars ciuitatis funt, *de præbend. lib. 6. & cap. fi ciuitas. de fenten. excommuni. eo libro.* Idem volunt Bald. & Paulus de Caftro met, videlicet; † Quod licet 4
Ecclefia fit extra diftrictum Iudicis fecularis, quod tamen fubditum delinquentem in ea punire poffit, in dict. leg. Si quis in hoc genus. Inquit enim ibi Bald. poft princ. Item eft notandum, quod Iudex inquirit de delicto commiffo in Ecclefia, quantumcunque Ecclefia non fit de districtu Iudicis. Et fubiungit in fine illius verf. † quod
Ecclefiæ fint de territorio, in quo funt fituatæ, quantum 5
ad protectionem &c. Non autem minima pars protectionis Ecclefiæ eft, fi poteftas fecularis puniat delinquentes in ea, & valde not. ibi Paul. de Caftr. dicit: Item nota cafum, in quo Iudex procedit contra fuum fubditum delinquentem, in loco fibi non fubdito. Nam Ecclefia non eft fubdita Iudici feculari, fed Ecclefiaftico, vt patet in l. 2 in fin. Cod. de fumma trini. & fide cathol. vbi mandat Ecclefias reftitui Epifcopis, licet Bald. & Caftr. dicant ibi opinionem Cyni, quam difputando tenuit, videlicet, quod Iudex fecularis poffit etiam per viam inquifitionis procedere, quando inquifitio permittitur ex forma ftatuti contra fubditum fuum, non folum pro delicto commiffo, intra territorium, imo extra, non probari, *per dict. leg. Si quis in hoc genus.* cum per viam inquifitionis, quæ eft extraordinaria, non poffit procedere, nifi Iudex, in cuius territorio delictum eft commiffum, quia illa tantum Refpublica eft offenfa. Nec obftat, fecundum eum text. ibi, quia licet Ecclefia fit infra vniuerfitatem territorii, tamen eft exempta, quia non eft in bonis priuatorum. Tamen ingenue etiam concludunt, per text. ibi, Iudicem fecularem effe competentem Iudicem in fubditos delinquentes in ipfis ecclefiis, & ita in locis exemptis, & extra diftrictum eorum. Et mihi videtur in puncto iuris etiam verior opinio Cyni, quam tenuit difputando, quod etiam ifto cafu iudex fecularis poffit procedere per viam inquifitionis permiffam ex forma ftatuti, contra fubditum delinquentem in Ecclefiis, præfertim per text. in dict. §. Quia vero, ita indiftincte loquentem, quam etiam ibi expreffe approbat Angel. Peruf. & non videtur ratio diuerfitatis ifto cafu, fiue Iudex procedat per viam accufationis, fiue inquifitionis, in cafibus, fi fcilicet ex forma ftatuti poffet hoc facere, vel in cafibus fpecialibus, in quibus etiam de iure ciuili poteft procedi per viam inquifitionis. Et per iura fupra allegata indiftincte decidunt Bartol. Angel. Salyc. & Panorm. in locis fupra adductis, fcilicet Iudicem fecularem punire poffe laicum delinquentem in Ecclefia, imo ipfemet Bald. fi bene ponderetur, in dict. l. Si quis in hoc genus, videtur etiam tenere opinionem Cyn. quam difputando tenuit, in quantum fubiicit, quod eius opinio non probetur de neceffitate, per text. ibi. Et fic vult, quod licet non probetur illo text. tamen non negat Cyni opinionem

nionem, quam disputando tenuit esse veram. Et dato quod iudex secularis non possit inquirere ex offitio cōtra delinquentes in Ecclesiis, quod tamen nullatenus ex superioribus adductis arbitror fore verum: Sequeretur enim, quod neque illustriss. Princeps G. possit contra huiusmodi delinquētes in Ecclesiis per viam inquisitionis procedere, vt patet, cum & sua Celsitudo sit potestas secularis, Ergo, &c. Ex quibus omnibus iam confunditur opinio Cyni, in d. l. præsenti, & quod tex. ab eo allegat. scilicet d. §. Quia vero, ita præcise probet contrarium, & ipsemet contrarium tenuit, &c.

THEMA CONSILII XXII.

Vtrum appellatione vxoris veniat in contractibus tantum prima vxor, vel comprehendantur etiam vlteriores.

SVMMARIA.

1 *Si testator instituit posthumum nasciturum, non tantum primus intelligitur institutus, sed etiam alii, si plures nascantur.*

2 *Indefinita apposita circa personas, æquipollet vniuersali in materia fauorabili.*

3 *Alimenta relicta Titio cum vxore, intelliguntur etiam relicta secundæ vxori.*

4 *Promissio dotis intelligitur de primis nuptiis tantum.*

5 *Sermo simpliciter prolatus, intelligitur de primo.*

6 *Legatum relictum Augustæ, non transit ad secundam Augustam, si ipsa decesserit ante testatorem.*

7 *In contractibus siue actibus obligatio semper restringitur ad id, quod est minus, &c. & ita pro promissore &c.*

CONSILIVM XXII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato, &c. Casus talis est: Nobili de N. feudum est concessum ab Illustriss. Principe N. ita quod ipse & vxor eius tempore, vitæ suæ tale feudum possidere, & eo vti debeant: & tempore talis concessionis factæ N. iam per verba de præsenti desponsauerat sibi honestam virginem N. quæ postea in domum traducta mortua, & alia vxor superinducta est. Quæritur, vtrum concessio facta illi Nobili & vxori, extendatur & comprehendat secundam vxorem? Et respondetur, quod non. Licet in præsenti casu videatur prima fronte dicendum, quod ex quo in prædictis dispositionibus fuerit facta mentio vxoris Ru. Mas. sub nomine appellatiuo scilicer, Vnd seiner Haußfrauwen / & non sub nomine proprio, scilicet Katharinen / Barbaren oder Elsen / ꝛc. quod intelligātur, vt verificentur etiam de secunda eius vxore, quam modo habet, per tex. in l. Placet, cum l. sequenti, vbi est ca-

1 sus; † Quod si testator instituat posthumum sibi nasciturum, quod nō solum de primo posthumo, sed de pluribus intelligatur. ff. de lib. & posthum. &c. bene facit quod Bartol. & Legistæ decidunt, *in l. si pluribus, in princip. per text. ibi, ff. de lega. 2. & l. Si quis ita. ff. de auro & argent. legato;*

2 † quod scilicet indefinita apposita circa personas, æquipolleat vniuersali, si sumus in materia fauorabili. Hinc in specie consuluit Alex. de Imo. in Cons. 315. *incip. Viso processu causæ vertentis inter dominam Anthoniam vxorem Iac. &c.*

3 in 2. volum. † quod scilicet si Testator reliquerit alimenta Titio extraneo cum vxore, quod intelligatur etiam de secunda vxore Iaco. Et mouetur Alexan. per prædicta, & plura alia, vt ibi per eum; Tamen in casu proposito non videtur posse de iure defendi, quod prædictæ dispositiones inter viuos intelligantur etiam de secunda vxore Rud. Mas. per tex. ad literam, in l. Boues. §. Hoc sermone, vbi dicitur: Hoc sermone dum nupta erit, primæ nuptiæ significantur. ff. de verb. signif. l. Do-

tis promissio. §. fin. † vbi promissio dotis intelligitur de 4
primis nuptiis tantum, & nō de secundis. ff. de iure dot. l. Si socius pro filia. ff. Pro socio. vbi est casus: Quod si plures fratres fecerint pactum expressum inter se, quod dos filiarum soluatur de communi, quod intelligatur semel tantum, nisi expresse fuerit aliter actum. *& illum text. etiam allegat gloss. in d. l. Dotis promissio. §. fin.* per quæ &
alia iura traditur Regula; † Quod sermo simpliciter pro- 5
latus, intelligitur de primo, *secundum Bald. & Ioann. de Imol. in l. Cum pater. §. Qui ad certam. ff. de legatis 2.* Et est etiam bonus text. de iure Cano. in cap. Non potest. §. 1. de præbend. in 6. vbi est casus, quod impetratio facta de duobus beneficiis curatis, intelligitur solum de primis duobus: *& istam Regulam confirmat per multa Fel. in cap. 2. in 2. column. versi. Tene etiam menti famosam Regulam, vsque ad fin. cap. de Treug. & pace, &c. post eum D. Ias. in l. Diuortio. §. Quod in anno, ad fin. versic. extra gloss. cum sequ. ff. solut. matrimon.* Et in specie concludit Bald. in l. fin. *nobis, in penult. columna, versic. & nota, quod si talis vxor.* C. de indict. vidu. toll. Quod si testator relinquat vxorem vsufructuariam bonorum suorum, & vxor prædecedit, & maritus ducit aliam vxorem, quod tale legatum, licet sit factum sub nomine appellatiuo, non intelligatur de secunda vxore, *per text. in l. Si quid eorum. §. fin. ff. de legatis 3.* licet dicat quod sit argumentum contra d. l. Placet. ff. de liber. & posthum. Sequitur Franciscus de Crema *in 7. notab.* D. Iasn. *in d. §. Quod in anno, ad fin. 5. column.* dicens se admirari de Alexand. de Imo. quod contrarium consuluerit in d. Consil. 315. *Felin. in d. cap. 2. in effectu.* Nec obstant allegata in contrarium, & propter dictam decisionem Bald. D. Iasn. reprobat Alexand. de Imo. in d. Consil. 315. & dicit se de eo mirari. Et licet forastis opinio Alex. de Imo. in præallegato Consilio posset de iure defendi, tamē nihil faceret in proposito, quia procederet fauore Testamenti, & alimentorum. Item ibi Iaco tempore conditi Testamenti non habebat vxorem, & legatum factum erat ei, & non vxoris fauore, secundum mét Alexan. de Imo. ibi. Sed in præsenti casu Rud. Mas. tempore prædictarum conuentionum prima vxor iam erat per verba de præsenti desponsata. Et ita defendit etiam Feli. dictum Bald. in l. 2. *in versi. Tertio fallit, ad fin. versic. ibi fallunt.* Sed profecto dicendum, quod loquatur, vbi Testator habebat vxorem tempore testamenti, cuius affectio vel meritum mouerit testatorem ad legatum. *l. Cum alienum. C. de leg. & l. Nec adiecit, ff. Pro socio.* merito non extenditur ad secundam vxorem. Et sic ratio materiæ suadet de prima, in casu autem Alexan. Testator afficiebatur Iac. non vxori suæ, quam nondum habebat: & sic est clara ratio non extendendi vltra primam vxorem. Et sic claret, quod si esset verum dictum Alex. & essemus in materia vltimæ voluntatis, sicut tamen non sumus, quod tamen præsens casus sub ea non comprehenderetur: quia tempore contractuum prima vxor Rud. Mas. erat iam sibi per verba de præsenti, desponsata, ad quam affectionem habebat: quum non sit maior affectio, quā sponsi ad sponsam, &c. Bene verum est, quod d. Bal. non probetur, per d. §. fi. l. Si quis eorum, quia ibi solum dicitur: Quod si testator parauit aliqua causa prioris vxoris, & postea legauit secundę vxori, quę eius causa parata sunt, quod non debentur illa, quę causa prioris vxoris parata sunt: & sic loquitur tantum in casu certo, *& respondet in specie Alexan. in d. Cons. 315. in princ. 3. column. versic. Nec obstat,* Tamen ex quo hic non sumus in materia vltimæ voluntatis; sed contractuum inter viuos, vt patet, videtur quod nullo modo posset defendi, quod dictę dispositiones etiam verificentur de secunda

f vxore

vxore Rud. Mas dato, quod dictum Bal. in d.l.fi. non esset verum, quod tamen videtur verum, per tex. etiam in
6 l. Si Augustæ.ff. de lega. 2. vbi dicitur,† quod legatum relictum Augustæ, non transit ad secundam Augustam, si ipsa ante testatorem decesserit, per text. in d.§. Hoc sermone, & aliis iuribus supra allegatis. Nam d.§. Hoc sermone, sine dubio loquitur in dispositione, siue contra-
7 ctu, † quo quidem casu voluntas obligandi semper est ad id, quod est minus. & restringitur. *l. Quicquid astringendæ, in princ. cum ibi notatis. ff. de verbor. oblig.* Ita respondet notanter Anton. de Butr. in Cons. 30. incip. Dubium ingerit. ad d.§. Hoc sermone, defendendo suam notabilem decisionem ibi ab eo, quia Butr. loquitur etiam ibi in casu vltimæ voluntatis, vt patet, secus in contractibus, seu actibus, siue dispositionibus inter viuos, vbi imputet sibi pars, quod legem apertius non expresserit. *l. Veteribus, cum similibus ff. de pactis* Et sic patet, adducta in principio non obstare, quia loquuntur in vltimis voluntatibus, quæ sunt multum fauorabiles, Contractus autem non, *c. Dilecti, cum vulgar. de donation. &c.*

THEMA CONSILII XXIII.

Vtrum feudum concessum propter certa seruitia, à persona accipientis præstanda, possit dici mera gratia.

SVMMARIA.

1 *Proprie dicitur donatio, quæ ex nulla alia causa, quam ex libertate & munificentia fit.*
2 *Donatio propter merita, non reuocatur propter ingratitudinem, nec eget insinuatione.*
3 *Non multum differunt à specie seruientium, quibus non datur facultas recedendi.*
4 *Libertas res inæstimabilis.*
5 *Sicut homo non potest æstimari, ita nec libertas.*

CONSILIVM XXIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato, &c. Illustrissimi principes N. concesserunt N. de N. feudum, propter certa seruitia præstanda, vt quod tempore vitæ suæ non deberet ex illorum prouincia, ad alia loca, suum domicilium transferre. Quæritur, vtrum tale feudum possit appellari mera gratia. Et respondetur, quod non. Ista responsio est adeo cla-
1 ra, quod non egeat aliqua probatione, cum † apertissimi iuris sit, quod illa tantum dicitur proprie Donatio, scilicet quando quis donationem propter nullam aliam causam facit, quam vt libertatem & munificentiam faciat, *l. 1. in princ. & ibi Bartol. & Legist.* Imo donatio ob remunerationem tantum facta, non dicitur mera donatio. l. Attilius, & bonus text. ad propositum, in l. penul. §. Si quis, alias fin. ibi; Merces enim laboris eximii appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo
2 æstimari non placuit. ff. de dona. † Donatio enim facta propter merita, nō reuocatur propter ingratitudinem, nec eget insinuatione, *d.l. Attilius, & d.§. fin. & ibi Doct.* & sic non est propria & mera donatio, cum non sit solum liberalitas, seu munificentia, quod in proposito maxime claret, cū N. de N. obligauerit se vltra alia obsequia & seruitia personalia de non recedendo à terris prædictorum Ducum, per quod se non in paruam seruitutis speciem reposuisse videtur. tex. est nota. in l. 2. vbi dicitur: Nihil enim multum à specie seruientium differunt, quibus non datur facultas recedendi. ff. de libe. homine
3 exhib. Et sic † est ibi casus, quod non habens facultatem recedendi, dicitur amisisse non paruam libertatem: quæ quidem libertas dicitur res inæstimabilis. *l. Libertas, la 1.* Item, † æstimatio libertatis est infinita *l. Non est singu- lis. §. infinita.* 4 Hinc dicitur, quod libertas omnibus rebus fauorabilior sit. *l. Libertas, la 2. ff. de reg. iuris.* Per quæ iura clarè patet, quòd † sicut homo non potest æstimari. *l. Iu- 5 stissime. ff. de ædil. edict.* ita nec libertas eius. Quæ maximè procedunt in terminis nostris, inspecta scilicet conditione & qualitate personę validi de N. qui ob experientiam rei militaris, à Cæsarea Maiestate, vt miles salariatus fuit, quod non in modicum eius honorem redundabat, & tamen hoc totum præfatis Ducibus remisit, & libertati huiusmodi, scilicet habitandi pro arbitrio suo, renunciauit. Et sic ex serie & tenore dictarum literarum patet, quod interuenit inter illustres Duces Pom. & N. de N. reciproca obligatio, & quod Nobilis de N. se ad multo maiora obligauerit, abdicando scilicet à se facultatē recedendi, &c. quam econtra. Ergo non potest dici propria & mera donatio, cum etiam donatio reciproca non sit proprie donatio, cum non sit mera liberalitas, *vt pulchre per Cyn. Bald. Salyc. & Moder. in l. Si pater puellæ. C. de inoffic. testam.*

THEMA CONSILII XXIIII.

An vere furiosus sit capax feudorum, dignitatum, & Regalium, &c.

SVMMARIA.

1 *Vere furiosus, & vere demens, seu mente captus, non sunt idem: tamen quo ad effectus, æquiparantur, num. 3.*
2 *Furiosus, item mente captus proprie quis dicatur.*
4 *Furiosus non potest matrimonium contrahere, ita nec mente captus.*
5 *Nihil & minimum, sunt paria.*
6 *A natura furiosus, vel mente captus, non est capax feudi paterni. Secus si ex accidenti, nouo feudo vtroque casu priuabitur. num. 9.*
7 *Magis qui punitur ex vitio naturali, quam accidenti.*
8 *Consuetudo regni de præferendo primogenitum, non debet interpretari contra vtilitatem totius regni.*
10 *Nouum feudum est debilius, quam paternum.*

CONSILIVM XXIV.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Pro clara euidentia & inuestigatione quæstionis propositæ, qua scilicet quæritur; An verè furiosus sit capax Feudorum, Dignitatum, & Regalium: Omissis superfluis, duo sunt præmittenda. Primo, quod † licet vere furiosus, & vere demens, seu mente captus, non sint vnum & idem, *vt patet per text. l. Si furiosi.* 1 Nam licet rescripto Diui Marci erat dispositum, quod filiusfamilias mente captus possit contrahere nuptias sine consensu patris, quia sufficiebat, quod non dissentiat, quum non habeat consensum: tamen ista Constitutio Imperatoris Diui Marci postea suppleta est per d.l. Si furiosi, vt etiam habeat locum in filiofamilias furiosi: quæ suppletio non fuisset necessaria, si idem fuissent. C. de nuptiis.† Proprie enim furiosus dicitur, qui est cum rabie furoris euidentis. 2 Sed mente captus, seu demens, dicitur is, cui mens deficit, & qui consilium animi nō habet, tamen nullum furorem ostendit, *secundum Doctor. & præsertim Bald. in d.l. Si furiosi, in 1. column. versicul. ibi, Mente capti autem diuersa, &c. Alexand. de Imol. in Consil. 53. incipien. Ad quæsitum breuiter concludo, in 2. column. versicul. Nam furiosus, in 1. volum. & Dominus Iason, in leg. Humanitatis. post princip. C. de impub. & aliis substitut.* Et proprie sic differunt, vt excedens & excessum.

Nam

Nam omnis furiosus est mente captus: sed non econtra: *Ita dicit Salycet. in d. l. Si furiosi.* & ideo sæpe vnum ponitur pro alio, *vt in l. 2. & ibi expresse Bald. C. de curatore furiosi.* Et sic patet, licet Bald. in d. l. Si furiosi, in præallegato vers. dicat, quod diuersa sit species furiosi, & mẽte capti, quod tamen hoc non est proprie loquendo, cum furiosus etiam sit mente captus: vna enim species non continetur sub alia, nisi intelligendo, quod solum is dicatur furiosus, qui est cum rabie euidenti, & mente captus non: & *pro hoc bene faciunt not. per Bald. in d. l. Humanitatis, mihi, ante finem 2. colum. versicul. Venio ad quartum notabile, cum princ. sequ.*
3 *C. de impub. & aliis substit.* † Tamen quomodocunq; differant, hoc indubitatum est, quod furiosus & mente captus, quo ad effectus, æquiparentur. *§. Et hæc, in Authent. de his qui obliga. se perh. hab. res mino. colla. 6. & d. l. 2. Bald. in l. Sed & milites. §. Qui autem. ff. de excus. tuto.* Et non est dubium quin æquiparentur in his, quæ dependent à cõsensu, cum neuter possit consentire, vel dissentire, cum ha-
4 beantur loco mortui. Et ideo † sicut furiosus propter defectum consensus, non potest matrimonium cõtrahere. *capit. dilectus, de sponsa. capit. Neque furiosus, 32. quæst. 7.* Ita mente captus carens consensu, *secundum Card. Alexand. in d. c. Dilectus.* Et hæc æquiparatio maxime procedit in materia feudali, *secundum not. per Doct. in cap. 1. An mutus, fur. vel aliter imperfect.* & *in cap. Mutus, in Tit. Episcop. vel Abba &c.* Item & secundo est præmittendum, quod in hac materia feudali dictio imperfectus, de qua loquitur d. Tit. An mutus vel surdus &c. denotet totalitatem imperfectionis, sicut mutus totalitatem mutitatis, surdus totalitatem surditatis, quia non est totaliter imperfectus ille, qui comparatione perfectionis est imperfectus. Sed qui ni-
5 hil potest, vel ita parum, quod est prope nihil: quia † ista duo sunt paria, nihil & minimum, sicut nihil & vilissimum. *Ita in terminis dicit eleganter Bald. super Rub. in d. Tit. An mutus, surdus, &c.* Et sic in proposito dicitur furiosus, vel demens, qui nullum penitus habet vsum rationis, vel ita parum, quod est prope nihil. Et licet Bald. ibi nihil allegat, tamẽ de hoc est tex. ad literam, in d. c. Mutus. Dicit enim ibi text. quod mutus feudum retinere non potest, scilicet si nullo modo loquitur. *Refert & sequitur Aluar. in d. c. 1. in 4. col. versi. Ista tamẽ imperfectio. & allegat ad hoc d. capitul. Mutus.* & hoc etiam declarat magistraliter idem Bald. in l. Quoties. *in 3. colum. versic. Post hoc nota.* C. de suis & legit. hæred. vbi inquit: Post hoc nota, quod quidam nascuntur amentes, & isti carent ea parte hominis, quæ est principalissima, videlicet vsu rationis, & tanquam derelicti à conditione naturæ, non succedunt in feudo, quia non videtur de illis cogitatum. Quidam nascuntur omnino muti, qui neq; cum difficultate possunt articulate loqui: vel omnino surdi, qui cũ magna difficultate nihil omnino audiunt, & per hoc etiam obtusum habent intellectum. Quidã nihil omnino vident, & isti omnes vocantur imperfecti, quia carent principalibus sensibus, qui sunt ostia intellectus. Quidam sunt, qui in istis sensibus habent debilitatem, & isti non dicuntur imperfecti. Primi ergo non includuntur in feudo. Secundi autẽ includuntur. Istis sic præmissis, respõdetur breuiter ad prædi-
6 ctam quæstionem, per duas conclusiones: † Prima conclusio est, quod furiosus, vel demens, seu mente captus natus, & sic à natura furiosus vel demens, qui omnino caret vsu rationis, non est capax feudi paterni, seu antiqui, & etiam non Regalis. Si autem non fuerit à natura natus furiosus, &c. sed ex accidenti factus furiosus, vel mente captus, nullum penitus vsum rationis habens, potest succedere in feudo antiquo, & ita capax est huiusmodi feudi, nõ obstante huiusmodi vitio ex accidẽti superueniente, etiamsi sit perpetuum. *Ita probatur per text. in d. c. 1. in tit. An mutus, surdus, vel aliter imperfect. &c.* Nam licet varii sint intellectus d. c. 1. tamen verus & communis intellectus, literæ congruens, est iste, quod totus iste text. in vtroq; respõso loquatur de successione feudi paterni, & non de nouo, in quo quis est de nouo inuestitus: Ita videlicet, quod in primo Responso determinetur, dum dicit: Mutus, surdus, cæcus, claudus, vel aliter imperfectus, feudũ paternum retinebunt, O. & G. & multi alii, quod mutus, surdus, vel aliter imperfectus, succedat in feudo paterno, & quod tex. in 2. parte ibi, dum dicitur. Quidam dicunt eum qui talis natus est, feudum retinere non posse, quia ipsum seruire non valet, sicut dicimus in Ecclesia, in Fœmina, & in similibus, decidat, quod mutus, vel aliter imperfectus à natura, non succedat in tali feudo. Istum intellectum sentit in effectu glo. originaliter in d. §. Mutus, in tit. Epis. vel Abb. in gl. vnic. ante fin. ibi, dum dicit: Vel intelligitur hic de feudo paterno, &c. præsupponendo scilicet, quod tex. in d. tit. & cap. 1. totus loquatur de feudo paterno. *& ita expresse tenet Pet. de Cer. & sequitur ibi scilicet in d. c. 1. Alua. & Alex. & in effectu Bald. ubi sua not. distinct.* Nisi impedimentum superuenerit vasallo præcedente sua culpa. Et sic est ibi casus, secundum verum intellectum, quod vitium imperfectionis accidentale, etiam perpetuum, non nocet vasallo, quantum ad successionem feudi paterni, sed bene nocet vitium imperfectionis naturale, vt non succedat in feudo paterno, seu ipsum retineat, *vt dicunt ibi expresse Alua. & Alex.* Nec obstat huic Lecturæ, si obiiceretur, quod ex hoc videretur oriri magna iniquitas, scilicet, † quod ma- 7
gis quis puniretur ex vitio naturali, quam accidentali, quod videtur valde irrationabile, cum vitio naturali nõ possit aliquid opponi; sed vitio accidẽtali, *sic l. maximum vitium. C. de libe. præte. vel exhæred.* Nam secundum Aluar. in d. c. 1. colligitur responsio ad hoc, ex dictis Bal. ibi, vbi ponit rationem differentiæ inter vitium naturale & accidentale, quia quãdo vasallus nascitur à natura imperfectus, tunc huiusmodi contractus feudalis venit in personã suã ad casum, in quo non potuit vnquam conseruari in suo statu, & ideo vitiatur, *vt est in titul. de fideiuss. & mand. l. Generaliter & l. Vranius.* Sed quando est imperfectus ex accidenti, tũc bene potest retinere feudum, quia habuit originem, nedum in personam patris, sed etiam in suam, vnde fortius est, quod duab. radicibus fundat, quam quod vna, *vt in Auth. de consang. & vterino fratri. §. fin. & ita expresse etiam tenet Bald. in d. l. Quoties, in d. versicul. Post hoc nota.* Et quod prædicta procedant etiam in feudis regalibus, siue dignitatum, ita videlicet, quod furiosus vel demens, succedat in eis, si furor vel dementia superueniret ex accidenti: secus si à natura fuerit, & ita natus furiosus vel demens, in fortioribus terminis decidit Bald. in c. 1. in fi. de success. feudi, vbi in hæc verba prorumpit: Quæro si consuetudo dictat, quod primogenitus succedat in regno, & primogenitus est à natura demens, vtrum regetur regnum per curatorem, an secundogenitus erit Rex? Respondetur, si vitium est naturale & perpetuum, secundogenitus erit Rex, quia cõsuetudo debet intelligi de eo, qui naturaliter nascitur habilis. Si autem ex accidenti efficitur demens, tunc dabitur curator, quia in persona sua est radicatum ius regiæ potestatis, *vt extr. de supplen. negli. prælat. c. Grandi. & quod not. per Archi. 2. qu. 8. Item obiicitur, & de elect. c. Cum inter, & dixi. C. de fideicommiss. in Authent. Hoc amplius. Hæc ille, &c. Hanc decisionem refert & sequitur Aluar. in d. cap. Mutus. in penult. & Alexan. ibi, in vlt. colum. vers. Quare quid si statutum vel consuetudo dictet, quod primogenitus succedat in Regno; & illam decisionem Bald. etiam*

refert, & sequitur Socin. in Consil. 47. incipien. Facti narratione & dubiis inde elicitis, recte pensatis, post princip. circa primum dubium, in 1. parte. Tamen isto casu stante. scilicet consuetudine Regni, quod in Regno præferatur primogenitus, posset Rex cum sit lex animata, & plus possit, quam lex communis vel consuetudo, si primogenitus filius suus esset insufficiens, secundogenito dare Re-
8 gnum, vt fecit Rex Dauid. Nam † consuetudo de præferendo primogenitum, non debet interpretari contra vtilitatem totius Regni, *vt ff. de legibus. l. Quod fauore. Ita pulchre decidit Bald. in Authent. Hoc amplius, in 1. columna, versic.*
9 *Quero an filii Regis. C. de fideicommiss.* † Secunda conclusio est, quod furiosus vel demens, vel alius imperfectus, non est capax noui feudi. Imo si perfectus fuerit de nouo feudo, etiam non Regali, habente tamen propriam naturam feudi, inuestitus, & sic ipsum acquisiuerit, si tamen postea efficietur motus, vel aliter imperfectus, vt furiosus, vel demens, ex accidenti, tale feudum retinere non potest. Iste est casus secundum vnum intellectum Doct. ibi, & verum etiam in d. c. Mutus, in tit. Episc. vel Abb. Nam Feudistæ dicunt ibi, quod ille textus loquatur etiam de feudo nouo, & quod tunc necesse sit ipsum intelligere de moto, vel aliter imperfecto ex accidenti, quia feudum retinere non potest. *secundum gloss. in d. cap. 1. An mutus vel surdus, & probatur argumento à contrario sensu. d. c. 1. in 1. Responsio.* tamen tantum debet ei relinqui ex eo feudo, vt se sustentare possit, si aliunde non habet, vnde se sustentet, & dicit text. in d. cap. Mutus. Et quod ille textus loquatur etiam in feudo nouo, & imperfecto ex accidenti, volunt etiam Petr. de Cerdi. & post eum ibi Aluar. & Alexand. in d. c. 1. Intelligendo autem text. in d. c. Mutus, quod loquatur etiam in feudo paterno, potest etiam potest intelligi secundum Doctor. ibi, tunc est necesse secundum eos ibi intelligere, quod iste mutus erat mutus à natura, quia isto casu feudum paternum retinere non potest, *vt d. c. 1. in 2. respons.* Et quod d. cap. Mutus, possit de vtroque imperfecto à natura, & sic casu de feudo paterno, & ex accidenti, & sic etiam de nouo feudo, vt iam proxime adductum est, intelligi, vult glo. nota ibi, & ibi eam Aluar. *in 3. colum. versicul. quarto gloss. volendo aperire,* notanter declarat, & ponit *in 4. colum. ibi ver. Opponit ab extra,* satis bonam rationem diuersitatis inter
10 feudum paternum, & nouum, quia † feudum nouum est debilius, quam paternum: cum non sit ita radicatum in familiam vasalli, sicut paternum, *vt in §. fina. quæ fuer. prim. cau. benef. amit. cap. 1. Qui test. sint necess. ad probandam nouam inuest.* Per quæ iam patet d. c. Mutus, non obstante in aliquo d. c. 1. &c.

THEMA CONSILII XXV.

Quòd is, qui emit feudū bona fide, & possedit longo tempore, postea eo euicto à venditore, non teneatur restituere feudum, pro eo precio, quo ipse emit. Sed in casu, quo cogi possit ad dimittendum, debet illi solui verum precium, quanti tempore relaxationis potest vendi.

SVMMARIA.

1 *Feudum emptum proprie non dicitur feudum.*
2 *Feudi definitio.*
3 *Res immobiles quanto tempore præscribantur.*
4 *Bona fides quomodo probetur.*
5 *Actio vtilis præscritur directa.*
6 *Re ab emptore euicta, venditor tenetur ex empto.*
7 *Quum de euictione tenet Actio, eundē agentem repellit Exceptio.*
8 *Actioni ex empto pro euictione, nō præscribitur longo tēpore, &c.*

CONSILIVM XXV.

Domini nostri Iesu Christi auxilio supplicitet implorato Casus talis est: Illustres principes. N. quoddam feudum tanquam ed se reuersum, vendiderunt pro 4000. floren. S. qui possederunt feudum pene quadraginta annis. postea quidem Nobiles N. contra præfatos principes in Camera Imperiali obtinuerunt sententiam, per quam prædictum feudum ipsis est adiudicatum. Quare prædicti principes repetunt illud feudum ab S. offerentes precium pro illo solutum. Quæritur, vtrum emptores vel possessores teneantur recipere precium, & feudum restituere & dimittere. Et respondetur, quod non, vt ex sequentibus patet. Et licet in præsenti cōsultatione opportune esset hinc ante omnia discutiendum: hęc dispositio, de qua in præfatis literis, &c. vtrum sit contractus emptionis, & venditionis, vel feudum; tamē omissa longa disputatione, quum in proposito, quantum scilicet attinet ad fundandam intentionem validi Geor. S. nihil penitus referat, siue emptio, vel Feudum, breuiter sciendum est, quod quemuis feudum possit vendi. *cap. Ad nostram, de reb. Ecclesiæ non alie. c. 1. ibi, nisi emerint feudum, in Titul. de natura feudi glo. ff. in l. Licet. C. de libe. causa.* tamen † propriè non est feudum, quando scilicet 1
emitur feudum: † quum feudum sit beneficium, vel be- 2
neuola concessio, tribuens gaudium capientibus. *c. 1. §. penult. & fin. in Tit. Quibus ex causis feudum amit. & ibi Feudist. &c.* Item feudum, secundum quod ipsum definit Ioan. Rainel. est beneuola concessio, libera, & perpetua rei immobilis, vel æquipollentis, cum translatione vtilis dominii, proprietate retenta, sub fidelitate vel exhibitione semitiorum, &c. Ex quibus omnibus patet, quod feudum proprie est beneficium, seu beneuola cōcessio, quia debet gratis & libere cōcedi, & pro eo solum debetur seruitium personale. Hinc not. Bald. in l. Si quam. in vers. Et sic est argumentum. C. de oper. libert. in specie, per illum text. Quod si quis emerit Mansum in feudum, quod illud nō dicitur proprie beneficium, quia mercenarium non est gratuitum, allegans ad hoc tex. in d. c. 1. to tit. in quibus causis feudum amit. & in l. Liberti, *in vlti. colum. vers. Item nota, quod si instrumentum.* C. eodem tit. Item nota, quod si instrumentū dicat, concessam tem in feudum, pro omni quantitate frumenti, quod istud non est proprie Feudum, sed magis est Emphyteusis, vel contractus innominatus. ff. de præscr. verb. Subiungens, quod ideo iste nō debeat præstare iuramentū fidelitatis, nec censetur iure feodatarii. Et idem Bal. in l. Qui se patris, *in vlt. colum. vers. Hoc scias.* C. vnde lib. dicit; Quod si Princeps recipiat precium, quod significet venditionem, etsi vteretur verbo, Indulgemus, vel simili verbo, ita quod esset irreuocabilis contractus & non priuilegium. Sed de hoc non est hic soperflue diutius insistendum, quia in prædictis literis continetur emptio vel venditio, siue contractus in terminis nostris, penitus nihil refert, quia ex quo S. & hæredes eius possederunt prædicta bona cum Titulo, siue emptionis, siue feudali, vltra 40. annos, cū bona fide ipsa præscriptione acquisiuissent, licet à principio tempore concessionis in S. emptorem non fuisset translatum dominium, quum etiam ea titulo & possessione decem annorum inter præsentes, vel viginti inter absentes, † quum bona fides res immobiles cōtra domi- 3
num, & quemcunque præscribantur. *l. Longi temporis. l. Diutina, & l. fi. & per tot. titul. C. de præscript. long. temp. l. Nulla. & ibi Legist. C. de rei vend.* Imo sufficit Titulus putatiuus, iusto scilicet errore interueniente *d. l. Diutina, cum gl. 1.* & † bona 4
fides probetur eo ipso, quod non probatur contrarium,

secun-

secundum gloss. 2. quam ibi Bart. & Doct. sequuntur, in d. l. Super lõgi temporis; & allegat ad hoc optimum tex. in l. penultim. vbi dicitur, quod ex solo titulo probetur Bona fides. C. de euiction. Quilibet enim præsumitur ignorare rem esse alienam. *l. Verius. ff. de probatio.* Imo ex sola possessione 30. annorum, sine omni titulo præsumitur possessorem retro fuisse bonæ fidei, *secundum Bart. in l. fin in fi. & sequuntur Doct. C. vnde vi. &c.* Et ideo per cursum 30. anno. cessat l. fi. & omnis eius præsumptio, *secund. Bartol. ibi, & Docto. Legistas. & l. emptor. C. eod. titul. de præscript. longi temporis, cum similibus*, patet, quod is qui præscripsit, est tutus exceptione præscriptionis, contra quemlibet agentem. Imo per præscriptionem longissimi temporis, cum bona fide, quæ in dubio, vt adductum est, præsumitur, & ex præscriptione longi temporis, cum titulo & possessione decem vel viginti annor. & bona fide acquiritur præscribenti, nedum exceptio, sed etiam dominium vtile, per vsucapionem autem directum dominium, *Authentica, Nisi tricennale, cum ibi notatis in gloss. 1. per Bart. & Doct. de bonis mater. & pulchre Dyn. in capit. 2. de reg. iuris in 6.* Et quod per præscriptionem acquiratur tantum vtile dominium, est communis opinio Docto. *in Authent. Nisi tricennale, pro qua Bartol. ibi in fine dicit, esse casum in l. 1. §. fina. ff. de aqua pluui. arcen.* Ideo præscribens cadens à possessione rei, ratione huiusmodi dominii vtilis, potest rem à quolibet possessore vel detentatore vendicare, *per text. ad literam, in l. Si quis emptionis, in princip. & §. 1. C. de præscript. longi temporis. l. 1. §. final. & l. fina. ff. Si ager vectig. vel emphyteut. l. Tutor. §. final. ff. de pign. actio. l. 1. §. Quod ait prætor. ff. de superfi. l. Superficiario. ff. de rei vendicat.* Sic etiam vasallus potest rem vendicare à quolibet possessore. *cap. primo. §. primo. alias, rei autem. in Titul. de inuesti. in re alien. fact.* Et est vera opinio Ioann. de Butr. in d. leg. Si quis emptionis, in gloss. in verb. Etiam actionem, quæ vult, quod etiam contra dominum præscriptor longi temporis, habeat actionem in rem, ad vendicandam rem, *secundum Bald. & Salycet. ibi*; & hoc est sine dubio, cum dominium vtile, quod acquiritur per præscriptionem longi temporis, non compatiatur se cum dominio directo, si per ipsum extinguitur, cum ei non subalternetur, sicut vtile dominium, quod habet vasallus in re feudali, *secundum gloss. in capitul. 1. §. Præterea, secundum Bald. & Doct. in Titul. de Capi. Cor. & est in d. cap. 1. §. 1. & ibi Feudist. de inuesti. in re alien. fact. &c.* compatitur se cum dominio directo domini, & ei subalternatur. *d. c. 1. cum similibus. in quibus causis feud. &c.* Et tamen si Dominus & Vasallus concurrant ad vendicandum feudum
5 à possessore, vasallus præfertur domino, quia † actio vtilis præfertur directæ. *d. l. 1. ff. Si ager vectigal. vel emphyteut. & l. 1. §. 3. ff. de superficie. & ita in specie decidunt Andreas de Iserni. & Aluar. in d. capitulo 1. §. Rei autem, alias §. 1. &c.* Insuper in præsentiatum non est eundum per mendicata
6 suffragia, quia † si ab emptore res fuerit euicta, venditor tenetur emptori actione ex empto de euictione, *vt tot. titul. ff. & C. de euictio.* Et tenetur ei ad precium meliorationis. *l. Super empti. cum concordantiis, ibi in gloss. in verbo, Restitui. C. de euictio.* Item re euicta per sententiam, agitur contra emptorem ad interesse. *l. Si cum quæstio, cum similibus. C. eodem tit. de euictio.* Quum ergo illustres principes Duces Pom. si prædicta bona fuissent euicta à S. vel eius hæredibus, tenerentur ei Actione ex vendito, de euictione; Ergo eis petentibus, vel agentibus ad ea,
7 obstat exceptio: quia † quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. *l. Vendicantem. ff. de euictio. l. Exceptione. C. eodem titul.* Item quem de euictione tenet actio tanquam hæredem principalis, eundem agentem repellit exceptio. *l. fitte possessio*, licet secus sit in hærede fideiussoris. *l. fina. C. eodem titul.* Præterea sicut vasallus ignoranter de re aliena inuestitus, vel alteri obligata agit de euictione; Idem si sciente & sibi prouiderit expresse de euictione, Dominus autem talem inuestituram faciens, indistincte tenetur. *text. est notab. in d. c. 1. in princ. de inuesti. de re alien. fact.* Et dominus tenetur ei de euictione, ad aliquid eiusdem bonitatis, cuius erat tempore rei iudicatæ. *per text. ibi, in verbo, Eiusdem bonitatis*, vel vt numeret tantum pecuniæ conuertendæ in aliam rem, *vt probatur in capitul. 1. secundum gloss. in titul. Si de feud. vasall. ab aliquo fuerit interpell. & ibi Feudista*, quæ potissimum etiam hic obtinent locum, quum sententia inter Duces Pom. & M. lata, validis à S. nullum penitus præiudicium facere potuit, *vt patet per Rubr. & Nigrum*, vt res inter alios acta vel iudicata, aliis non noceat. Et
† licet huiusmodi actioni de euictione non præscribatur præscriptione longi temporis. l. Empti actio. C. de euictio. cuius l. principium legitur duobus modis. Primo, secundum gloss. ibi, quod intelligatur, quod hæc res nondum erat præscripta, quando fuit euicta, & tunc hoc dicit: Etsi post longum tempus res non præscripta euincatur, de euictione agitur! Si præcessit legitima denunciatio, alio modo, quod hæc res nondum præscripta fuit euicta, & post euictionem tacet longo tempore, & quæritur, an actio ex Empto pro euictione tollatur spacio longi temporis. Et deciditur, quod non. Et est ratio, quia est actio personalis, & quod ei solum præscribatur, sicut regulariter aliis exceptionibus, spacio 30. annorum; Tamen illa præscriptio 30. annorum, non currit, nec incipit currere contra huiusmodi actionem de euictione, antequam nascatur. Nascitur autem demum, quando res est iam euicta, *secundum gloss. notabil. & ibi Saly. in d. l. Empti actio.* Sed re vera hic de euictione superflue disputatur, cum Geor. S. ope Exceptionis præscriptionis tueri se posset, si Dux N. piæ memoriæ non fuisset Dominus sæpe tactarum rerum venditarum, contra omnes, ne ab eo euinci possent, Ergo, &c. 8

THEMA CONSILII XXVI.

Quod statutum, quo disponitur, quod Maritus succedat vxori prædefunctæ, vel econtra, exclusis fratrib. agnatis, & cognatis, &c. extendatur ad bona etiam extra territorium statuentium sita, &c.

SVMMARIA.

1 *Defunctus, qui domicilium non mutauit, decedens intestatus, dicitur secundum consuet. suæ ciuitatis mori voluisse.*
2 *Decedens intestatus, intelligitur illum instituere, qui succedit ab intestato.*
3 *Collecta potest imponi subdito, pro rebus alibi sitis.*
4 *Testamentum factum secundum consuetudinem vnius loci, extendit vigorem ad bona alibi sita.*
5 *Stante statuto vel consuetudine, quod libri Mercatorum vsque ad certam quantitatem plene probent, huiusmodi libri in loco statuti vel consuetudinis confecti, etiam in alio loco extra territorium producti probant.*
6 *Quod secundum opinionem quorundam inspicitur locus aditæ hæreditatis.*
7 *Quando verba statuti sunt concepta in rem, statutum extra territorium extenditur, &c.*
8 *Consuetudo interpretatur legem & statutum.*

9 *Lege existente dubia, recurritur ad consuetudinem loci. Idem in statuto.*

10 *Consuetudo vel praescriptio tanti temporis, cuius initii memoria non extat, habet vim priuilegii, vel aequiparatur priuilegio expresse.*

11 *Vetustas obtinet vicem legis, & habetur pro lege.*

12 *Vetustas dat autoritatem, quamuis ius non probaretur, &c.*

CONSILIVM XXVI.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Ciuis & incola ciuitatis N. ab intestato ibidem decessit, cuius vxor, vigore statuti praedictae ciuitatis, quo disponitur; Bona mariti vel vxoris praedefuncti sine liberis, spectare debere ad superstitem maritum vel vxorem, exclusis agnatis & cognatis, vult petere bona, alibi & extra territorium statuentium sita. Quaeritur, vtrum hoc iure possit, & vtrum eius intentio ex statuto sit fundata, etiam quo ad bona alibi sita. Et respondetur, quod sic, quemadmodum in sequentibus deducitur. Licet enim sit satis ardua quaestio, & Doct. in suis locis in hoc varient; An scilicet statuta vel consuetudines locorum vel ciuitatum, quibus disponitur & inducitur, quod bona defuncti deferantur ab intestato, certis personis, exclusis alijs, quibus deferentur de iure communi, vel quae cum alijs admitterentur, aequaliter extendantur etiam ad bona extra territorium loci statuti sita, tamen omissa longa disputatione, in praesentiarum veritas videtur ista: Quod si quis ab intestato decesserit in sua originaria ciuitate, vbi habet domiciliũ, nec ipsum mutauerit, nec alibi habuerit etiam domicilium, quod haeredes eius ab intestato etiam in omnibus bonis, siue mobilibus, siue immobilibus, iurib. & actionibus, etiã secundum cõsuetudinem, statutum, siue ius municipale, illius loci vel ciuitatis, etiam extra territorium succedunt, ita quod huiusmodi bona, extra territorium sita, etiam debeant considerari secũdum ius speciale loci, in quo defunctus habuit domicilium originarium. Et hoc primo nõ habet aliquod dubium in bonis mobilibus, quae erant in alio loco, non tamen perpetuo ibi destinata, vt in mercantijs, quia illa censentur de loco domicilij, sed et habet locum in mobilibus perpetuo ibi destinatis: Imo etiam in immobilibus extra locum sitis, licet in his videatur magis dubium, & est ratio, quia
1 † ex quo defunctus domicilium nõ mutauit, dicitur iuris praesumptione, secundũ legẽ suae ciuitatis, mori voluisse, & ad illum ab intestato bona sua peruenire, ad quem lex suae originis disponit, ac si ipsum
2 in testamento suo haeredem instituisset: Quia † quando quis decedit intestatus videtur illum instituere, qui succedit ab intestato. l. Si quis cum nullum, in princ. ibi, intelligitur enim is quoque haeres scriptus, & ibi Barto. in primo not. & in l. Conficiuntur, in prin. ibi. Quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam haereditatem. Ex quo text. not. ibi Bald. in secundo not. quod succedens ab intestato, videtur succedere tacito iudicio testatoris. Et dicit ibi glo. in verbo, Quoniam, quod haec est magis fictio, ideo non potest probari contrarium, vbi nullum est factum testamentum, quod est notatu dignum, *secundum Bald. ibi. ff. de iure codicillorum.* Et sic per Doct. Legistas patet, quod idem operetur tacita voluntas morientis ab intestato, quod operatur expressa voluntas testati. Et confirmatur, quia statutum potest efficere personam sibi subditam, etiam re-
3 spectu rerũ in alio territorio situatarum, † patet in collecta, quam ciuitas potest imponere ciui suo, etiam pro aestimatione rerũ, quas possidet extra territorium. *l. Rescrip. §. fin. ff. de mune. & hono.* Et ita per praedictas rationes & alias expresse decidit Saly. valde not. in l. 1. in antep. & pen. col. C. de sum. trin. & fide catho. Et inter caeteros etiam hanc sentẽtiã probat, eo quod ciues omnes, etiamsi in concedendo hanc legẽ interfuerint, finguntur tamen huic legi consensisse. Ex quo ergo de contraria voluntate defuncti mutata non appareat, dicitur in morte in ea perseuerasse, & secundũ illam mori voluisse, subiungẽs; Et ratio videtur mihi incõuincibilis: & procedit sine dubio secundum eum in actionib. & iuribus, cum ista non circumscribantur loco, Iurib. vulga. Et hoc modo saluat ibi opinio. Iacob. But. qui post aliquos antiquos voluit, quod in terminis istius dubii, locus mortis ipsius defuncti, consideretur in omnibus bonis, & nõ locus vbi bona sunt sita. Et respondet Saly. ibi in pen. col. ad omnia argumenta, quae in contrarium faciunt, quae hic recensere, praesertim modo, esset superfluum, concludens per praedicta & alia ibi per eum adducta, quod hoc procedat nõ attento qualiter verba statuti cõcipiantur, addens & praedicta, bene nota: quia sic cõsului & de facto obtinui, & quod in hanc opinionẽ concurrant valentissimi Doctores tam in Bono. quam in Flor. Et vltra praedicta confirmatur hoc per illud, ꝙ deciditur in simili causa testati, videlicet; † Quod si quis faceret testamentum in loco 4
seu ciuitate, secundũ consuetudinem vel statutum illius ciuitatis, quo cauetur, quod valeat testamẽtum factum coram duobus testibus tantum, quod tale testamentum extendatur etiam ad bona extra territorium illius loci existentia, *secund. Iacob. Butr. & Guil. in d. l. 1. & ibi Barto. eleganter in 2. quaest. princ. per plures rationes, & sequuntur communiter omnes.* Ergo, &c. Cum causa testati & intestati regulentur secundum dispositionem illius legis vel statuti, vbi factum est testamentum, *per no. in l. Si non speciali, & in l. fin. C. de test. not. in d. l. Si quis cum nullum, & in d. l. Conficiuntur. Et bene facit, quod in simili tenet Ioann. Andr. sing. in addit. Specul. in titul. de instrum. edit.* §. 1. Nunc dicendum, in addit. magna, circa finem, quae incipit, priuatorum; † Quod stan- 5
te statuto vel consuetudine, ꝙ priuatae Apochae mercatorum, vel libri mercatorum faciant plenam fidem, vsque ad certam quantitatem, quod tales scripturae factae in loco consuetudinis, vel statuti, etiam probent, si in alio loco agatur, vel alibi producantur, *allegat ad hoc l. 1. C. de emancip. & cap. cum dilectus, de consuet. Idem tenet Anthon. de Butr. in capit. 2. de fide instrument. Refert & sequitur D. Iason, in d. l. Si non speciali. C. de testamentis. Et praedictam opinionem Sal. etiam refert & sequitur pro eleganti, Socin. in consil. 36. incipien. Mature considerato, in secunda parte. Et per eum concordantur quasi omnes opiniones super isto Articulo, de quibus per Docto. super isto Articulo in d. l. 1. C. de summ. trinit. &c.* Cum igitur defunctus non solum habuerit dominium in loco consuetudinis vel statuti, sed etiam haereditas relicta per vxorem defuncti, ibi sit adita, minime erat dubitandum, omnia eius bona relicta, vbicunque sint situata, vigore statuti; ad vxorem relictam spectare & pertinere, † cum 6
secundum opinionem quorundã inspiciatur locus aditae haereditatis, sicut vbi quasi contractus est celebratus, *vt in l. Apud Iulianum, in fin. ff. Quibus ex causis in possess. ea.* Sicut in contractibus inspicimus locum contractus. *l. Si fundus. ff. de euictioni.* Ex quibus omnibus tam fortificatur opinio Soci. hic in casu nostro, cum hic interueniunt omnia copulatiue. Et propter hoc apparet concordia Doctorum. N. habuit domiciliũ in vrbe N. & sic in loco praefati statuti, nec ipsum mutauit, & ibi decessit ab intestato, & vxor eius, ad quam fuit delata haereditas eius ab intestato, virtute saepe nominati statuti, eam ibi adiuit, & sic pro haerede gessit. Ergo, &c. Imo tenendo opinio-

opinionem Bart. *in dict. l. 1. (mihi, in 15. colum.) versic. sed an possit dubitari de tali quæst. consuetudo est in Anglia, quod primogenitus succedat, &c. cum princip. sequentis*, prædictum statutum vrbis N. porrigitur ad bona etiam extra territorium, & sic alibi sita, quia Barto. ibi respondendo ad talem quæstionem distinguit, dicens: Mihi videtur, quod verba statuti, vel consuetudinis sint diligenter intuenda, aut enim disponunt circa rem, vt per hæc verba, bona decedentium veniant ad primogenitum, & tunc de omnibus bonis iudicabo, secundum consuetudinem & statutum, vbi res sunt situatæ, quia ius afficit res ipsas, siue possideantur à ciue, siue ab aduena, *vt l. rescripto, in fin. de muner. & hono. & l. an in totum. de adifi. priua.* Et sic vult Bartol. ibi per

7 dicta iura, expresse, † quod quando verba statuti sunt concepta in rem, scilicet quod bona intestati deuoluantur ad primogenitum, seruatur opinio Iac. But. & aliorum volentium statutum tale, vel consuetudinem loci, extendi etiam ab bona extra territorium sita: sed in proposito præcise sumus in terminis primæ distinctionis Bar. quia, vt apparet, verba dicti statuti vrbis N. sunt concepta in rem, & non in personam. Nam hæc verba canit statutum, Stürb ein Mann/ vnd lässt ein Fraw/ vnnd nicht Kinder/ vnd lässt Erbe vnd Gut/ dz sie miteinander ererbet haben/ sequitur iam in statuto, dz Gut behalt sie/ rc. Sicut in dicto primo membro distinctionis Bart. bona decedentiū veniant, vel deuoluantur ad primogenitum, &c. Nec patrocinari in aliquo parti aduersæ prætēsæ rationes, per eos adductæ, possunt, cum cōtrarium ex ob-

8 seruantia consuetudinis clarissime appareat. † Expediti enim iuris est, quod consuetudo interpretatur legem & statutum. Et si fuerit dubium, quis sit intellectus verborum legis vel statuti, est recurrendum ad consuetudinē loci *l. si de interpretatione, & ibi Legista, & leg. minime. ff. de legibus. cap. cum dilectus, de consuetudi. cap. certificari, de sepultu.* Et per prædicta iura decidit Panorm. in d. c. cum dilectus, *(mi-*

9 *hi, in 3. col.) ver. & nota quod consuetudo*, † quod lege existente dubia, debeamus recurrere ad consuetudinem loci, & si de ea apparet, quod non sit recedendum ab illo intellectu, quem consue. tribuit, etiamsi ex postfacto appareat, quod ille intellectus non sit bonus in se. Nam debet illud saltem valere iure consuetudinis: subiungens, hoc dictum menti tenendum. Ex quo text. ibi, notat virtutem consuetudinis, habet enim vim interpretatiuam, & tam iura quam priuilegia generaliter loquentia, debent interpretationem assumere à consuetudine, &c. *d. c. certificari, & ibi Panor. in 2. not.* & vult Inno. in c. olim, de verb. sign. quod qualiscunque sit dispositio, semper debet intelligi secundum consuetudinem loci, et contra proprium significatum verborum. Et sic clarissime patet, quod dato & non concesso, intellectus præfati statuti propter opiniones Doctorum esset incertus, quod tamen reciperet interpretationem extensiuam à dicta consuetudine, vt scilicet extenderetur etiam ad bona extra districtum vrbis N. sita, & esset sine omni dubio.

10 Præterea † explorati iuris est, quod consuetudo vel præscriptio tanti temporis, cuius initii memoria non extat in contrarium, habet vim priuilegii, & æquiparatur priuilegio expresse, & ex certa scientia à principe concesso. *cap. super quibusdam. §. præterea, & ibi gloss. in verbo, memoria, de verb. sign.* Idem habet vim constituti *l. hoc iure. §. ductus aquæ, ibi, iure constituti loco habetur. ff. de aqua quotid. & æsti. &c.* Hinc etiam per tantum tempus præscribuntur ea quæ alias sunt inpræscriptibilia. *dict. §. præterea. & cap. 1. de*

11 *præscript. in 6.* Item † vetustas dicitur obtinere vicē legis, & semper habetur pro lege. *l. 1. in fin. cum princip. sequentis. ff. de*

12 *aqua plu. arcend.* Imo † vetustas dat authoritatem, quamuis ius non probaretur, l. fin. vbi text. formaliter inquit: Scæuola respondit, solere eos, qui iuri dicendo præsunt, tueri aquæ ductus, quibus autoritatem vetustas daret, tametsi ius nō probaretur. ff. eod. tit. de aqua plu. arcend. & c.

THEMA CONSILII XXVII.

Quod filius ad succedendum inhabilis non faciat deficere conditionem, si decesserit sine liberis, in contractu positam, &c. Item fallentia ad regulam, quæ habet, quod quis alteri stipulari non possit. Item quòd consuetudini speciali, partium conuentione possit renunciari, in quātum priuatam vtilitatem concernit, &c.

SVMMARIA.

1 *Sublato capitali, omnia alia corruunt.*
2 *Indefinita quando æquipolleat vniuersali.*
3 *Dispositio generaliter loquens, debet generaliter intelligi.*
4 *Quomodo filij fratrum per se, sine patruis succedant.*
5 *Vt deficiat conditio, si scilicet decesserit sine liberis, sufficit quem relinquere liberos, etiamsi non sint hæredes.*
6 *Intellige, si sua, vel testatoris voluntate excluditur, secus si à lege, vnde relinquens filiam de ordine minorum, dicitur decedere sine liberis, &c.*
7 *Fauore dotis potest quis alteri stipulari.*
8 *Idem si fit stipulatio super re propria stipulantis, quæ est eius duratura.*
9 *Valet consuetudo, quod quis alteri pacisci vel stipulari possit.*
10 *Non dicitur hæres, qui non succedit in vniuersum ius defuncti.*
11 *Referens se ad consuetudinem generalem alterius prouinciæ, non videtur in aliquo iuri suo renunciasse, nec obstabit ei consuetudo specialis alicuius vrbis.*
12 *Sequentia declarant præcedentia, & econtrà.*
13 *Consuetudo vel statutum alicuius vrbis, non dicitur consuetudo vel statutum commune patriæ vel prouinciæ, sed tātum speciale illius loci, & solum derogat legi vel consuetudini generali in illo loco, & c.*
14 *Consuetudini speciali alicuius loci partium pactionibus potest renunciari, &c.*
15 *Res de facili redit ad sui originem.*
16 *Interest Reipublicæ vt agnationes, & honestæ familiæ conseruentur.*
17 *Quæ pacta dicantur contra iura.*
18 *Quando legi pacto renunciari possit, vel non.*
19 *Dispositio, per quam reditur ad ius commune, dicitur fauorabilis & extendenda.*
20 *Quando vtilitas publica potest separari à priuata, valet renunciatio, quantum attinet ad vtilitatem priuatam.*
21 *Pactum quo renunciatur præscriptioni, valet.*

CONSILIVM XXVII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Visis & diligenter animaduersis omnibus actis, actitatis, allegationibus & disputationibus in præsenti causa, inter egregium virum dominum N. Reuth ex vna, & honestam dominam Ca. vxorem prouidi domini N. ciuis oppidi N. actricem altera, super bonis paraphernalibus, siue mundo Muliebri in vulgari prouincia Saxoniæ, der Gerade/ halben/ D. C. quondam vxoris prǽfati D. N. & filiæ vxoris prouidi N. in Christo defunctæ, vertente, ab vtraque partium hinc inde adductis. Quæritur quæ sint partes illustrissimi Principis & Domini, Domini H. Ducis Saxoniæ, Marchionis Misniæ, &

Landtgrauii Thuringiæ, huius causæ ordinarii. Et respondetur, quod ex adductis, pro parte actricis, non obstantibus omnibus à reo in contrarium allegatis, paret, quod nullæ aliæ sint partes iudicis, quam in pronūciando, & ita condemnādo reum, prout in libello petitū est. Et licet hoc satis clare ex productis nomine actricis ostensum sit, vt φ per ea etiam clarear, adducta in contrarium ab aduersa parte non obstare, tamen pro maiori & euidentiori elucidatione prædictorum adducūtur breuiter sequentia. Nam vt Acta docent D.N. principaliter nititur fundamentum impetitionis præfatæ D. Catha. istis exceptionibus perimere, licet multa & valde impertinentia inculcet, scilicet, quod nemo alteri stipulari vel pacisci possit, & ita quod pacta dotalitia extra ipsos coniuges contrahētes, nihil operentur, quo scilicet ad alios, adducens ad hoc aliqua iura in specie, *scilicet leg. pactum dotale. Cod. de pactis conuentis tam super dot. quam donā. propt. nupt. leg. inter socerum. §. cum pro se filia, de quo multum gloriatur. ff. de pactis do.* Item quod verba in articulo de ipsa Gerada disponentia, non sint obligatoria. Item & secundo in quo facit Capitale, quod articulus in literis dotalitiis, der Gerade/disponens, referatur tantum ad articulum immediate præcedentem, & ita sub conditione, id est, si contingeret vxorem D.N. decedere sine liberis: sed cum ipsa decesserit relicto filio, & sic per existentiam filii defecerit cōditio dicti articuli, der Gerade/videtur quod actrix non possit, vigore eiusdem, Geradam petere: non obstante, quod de iure Saxonum filius non succedat in ipsa Gerāda, *per leg. filiusf. milias. §. cum quis. ff. de legat. 1.* Item quod verba in prætacto articulo posita, scilicet, nach gewonheit deß Landts/ intelligantur siue interpretentur de speciali iure municipali vrbis D. præsertim cum sit præcipua vrbs in principatu Misniæ. Item quod articulus, incipiens, Vnd es soll sich hierwider in den hierinnen außgetruckten Fällen/ &c. non referatur ad articulum de Gerada loquentem, potissimum cum defecerit cōditio immediate præcedētis articuli, ad quem referatur, & quod non sit superatus articulus à præcedenti immediate, sed quod continetur cum eo, quomodo scilicet danda sit ipsa Gerada, si contingeret præfatam conditionem, scilicet si vxor D.N. sine liberis decederet, existere & purificari. Item allegat etiam Bald. in l. fin. C. ad l. Falci. & alia multa, satis impertinentia, & captiosa, vt domini conceptores sententiæ facile percipient. Sed quod ista & omnia alia non obstent, quo minus pro domina actrice, & contra D.N. pronunciandum sit, est sine dubio. Et ad hoc breuiter ostendēdum, & vt breuitate vtar, qua gaudēt Moderni; Primo tollamus † capitale aduersarii, quo
1 sublato omnia alia corruunt. *cap. cum Paulus. 1. q. 1.* Nam capitale præsuppositum & fundamentum partis aduersæ, ex quo omnia alia inferuntur, in hoc consistit, videlicet quod sæpe tactus articulus in literis dotalitiis positus, der Gerade/ hoc modo disponens, Was aber die Gerade belangt/ soll es damit nach gewonheit deß Landts gehalten werden/ veniat continuatiue ad proxime & immediate præcedentem loquentem, & disponentem, sub conditione, scilicet, si contingat vxorem D. N. sine liberis decedere, & ita quod prædictus articulus der Gerade/ tantum ad illum præcedentem referatur: & quod conditio prædicta; cum vxor D. N. relicto filio ex se, & domino procreato decesserit, defecerit; Ergo & dispositio præallegati articuli deficiat. Sed ex allegationibus & fundamentis pro parte actricis adductis liquido claret, hoc fundamentum corruere, & non subsistere, quia non est verum, quod præfatus articulus solum referatur ad immediate præcedentem, cum in eo indefinite & indistincte per verba obligatoria, scilicet, Was aber die Gerade belangt/ soll es damit/ &c. disponatur. Illa indefinita autem æquipollet huic vniuersali, scilicet: Vnd welcher obenberürter Fälle sich einer zutregt/ soll es mit der Gerade nach gewonheit deß Landts gehalten werden/ &c. *l. Si plurib. & ibi pulchre Bartol. in l. si ita. ff. de leg. 2. cap. cum dilectus, & cap. ad audientiā. de Cler. non resid. c. 2. de coniu. lepro.* Et generaliter † quādo indefinita ab homine profertur, sicut in præsentiarum à contrahentibus, est eadem ratio omnium particularium comprehensarum sub indefinita, tunc sine dubio æquipollet vniuersali. *dict. l. si plures. d. l. si ita, & l. si is qui. §. vtrum, in fin. ff. de reb. dub. & glo. ordi. in cap. vt circa, in verb. aliorum Ecclesiasticorum, in fin. per dicta iura, & ibi Canon. & præsertim dominia. de elect. in 6.* Præterea dispositio generaliter † loquēs, debet generaliter intelligi. *l. procurator cui. ff. de procurat. leg. creditor. §. Lucius, cum similib. ff man.* Et quod indefinita locutio æquipolleat vniuersali, quando non apparet de contraria voluntate contrahentium, probatur per text. etiam ad literā in l. si seruitus. §. 1. vbi dicitur: Quod constitutio seruitutis, ne scilicet luminibus officiatur simpliciter facta, licet illa scriptura sit ambigua, humanius tamen est verbo generali omne lumen significari, siue quod in præsenti, siue quod post tempus conuentionis contigerit. *ff. de serui. vrba. præd. & in cap. si Romanorum, cum simil. 19. dist.* Per quæ iam constat nihil obstare, quæ per aduersariū posita sunt de aduersatiua. Et licet Sal. in Auth. cessante. C. de legit. hæred. allegādo Iac. But. dicat, quod tex. in §. si vero, in Authent. de hære. ab intest. veni. colla. 9. loquatur in casu præcedenti, vt probat aduersatiua vero, ibi posita, Si vero, sed in præcedenti loquitur, vbi filii fratrum volunt admitti cum patruis; Ergo cum ibi nihil erat dictum de filiis fratrum, patruis nō extantibus, stabimus iuri antiquo, quod disponit, vt succedant in capita: † tamen opinio Accursii, volētis quod filii fratrū per se sine patruis succedant in stirpes, & non in capita, in puncto iuris est verior, quam etiam tenet per multas rationes, Bart. in l. post consanguineos. §. 1. ff. de suis & legi. hær. secundū quā etiam sæpe consuluit Bal. & etiam met Barto. in consil. incipienti: Super hæreditate D. N. Paul. de Cast. in d. Authent. cessante, in fin. & dicit Alexan. de Imo. in addit. ad Bart. in d. §. 1. Quod opinio Bar. sit communis. Quare satis impudenter aduersarius inuehit in hoc contra Accursium, magistrum veritatis. Et sic corruit, quod iactat aduersarius, de aduersatiua vero, cum cōmunis opinio fuerit, pro qua ante multos annos consului, quod filii fratrum per se succedentes succedant in stirpes, & non in capita: licet hodie per nouam constitutionem inuictissimi Imperatoris nostri Caroli V. succedant in capita, &c. Imo dato, nullo tamen modo concesso, quod sæpe tacta dispositio der Geraden/ referretur tantum ad proxime præcedentem articulum, sicut minime tamen ad eum refertur, adhuc tamen actrix haberet intentionē fundatam, cum & isto casu, quantum ad præsentem causam extitisset, & purificata fuisset conditio, de qua in articulo immediate præcedenti, licet vxor domini rei reliquerit filium, & sic non sine liberis decesserit. *l. non est sine liberis. ff. de verb. sign.* Cum filius ille non sit capax ipsius Geraden/ & ita non succedat in ea, non obstante l. filius familias. §. cū quis, vbi dicitur: Quod † quo 5
ad hoc, vt illa conditio, si scilicet decesserit sine liberis, deficiat, sufficit, quod liberi extent, etsi non sint hæredes. ff. de legat. 1. Nam licet conditio sine liberis deficiat per existentiam liberorum, etiam non hæredum, tamen hoc procedit tantum, quando filius poterat succedere, sed sua voluntate, vel testatoris excluditur: sed vbi excluditur à lege ex aliqua causa, tunc non faceret conditionem

tionem deficere. *l. ex facto. §. ex facto. ff. ad Trebellian. & l. 1. in fin. ff. de bonor. possessio. contra tabul. & leg. si nemine. §. si deportatus. ff. de bonis liberorum*, secundum Bar. in d. §. cum quis erit ro-
6 gatus, subiungens: Et † per hoc dico, quod si aliquis decedit cum filio, qui est de ordine minorum, qui non potest habere, nec in proprio, nec in communi, &c. quod dicitur decedere sine liberis. Et sic aperte patet, quod Bar. vult hoc non solum procedere, quando quis à lege, quia deportatus, prohibitus est succedere, sed simpliciter, quando à lege succedere prohibetur, vt quod filius de ordine minorum, excluditur à lege Canonica, *scilicet à Clement. Exiui de paradiso, de verborum significat.* Et tamen decedens cum tali filio dicitur decessisse sine liberis, ita scilicet, quod etiam isto casu conditio sine liberis non defecisse, sed extitisse dicitur. *Referunt & sequuntur Angel. & Imol. in leg. Lucius, la 2. Et dicit ibi Imol. quod ista sit communis opinio ff. de hæred. institu.* Et quod dictus §. cum quis solum procedat, quando liberi vel ex testamento, vel ab intestato, possunt esse hæredes, vult glo. 2. expresse ibi, dum dicit: Cum tamen hæredes esse possunt ex testamento, vel ab intestato, per quam dicit ibi Aug. *Ista glossa* dicit verum, & commenda eam perpetuo memoriæ, quia per illam habes, quod illa conditio, si decesserit sine liberis, impletur etiam existentibus liberis, qui tamen non possunt, ex testamento vel ab intestato, succedere. Ex quo iam euidenter infertur, quod cum filius, quem reliquit post se vxor D. N. nec ex testamento, nec ab intestato, prohibente scilicet lege cõmuni iuris Saxonum, & communi consuetudine prouinciæ huius, succedere nõ possit matri suæ in Gerada, seu mundo muliebri, quod perinde est, quantum attinet ad propositum nostrum, & sic quo ad consecutionem ipsius Geradæ, ac si decessisset sine omnibus liberis, & quod per consequens conditio in proxime præcedenti articulo, scilicet si vxor ipsa decesserit sine liberis, non defecerit, sed extiterit. Et in terminis d. l. ex facto. §. ex facto, liberi præcise fuerunt positi in cõditione vt patet ex verbis literę, dum dicit: Rogauerat quædã mulier filium suum, vt si sine liberis decessisset, &c. & tamen deciditur, quod si decesserit relictis liberis susceptis, post deportationem, quod scilicet conditio fideicommissi extet, ita quod sit locus fideicommisso. Et sic est ibi casus ad literam, quod decedens cum liberis, à lege tamen succedere prohibitis, dicitur decessisse sine liberis, pro tãto quod nihilominus extet, siue purificetur conditio disponens, scilicet si sine liberis decedat, & ponitur ibi exempli gratia, de deportato & filiis deportati, quod ideo scilicet nõ dicatur defecisse dicta conditio, quia filii deportati prohibiti sunt succedere, quod sufficit, vt conditio extet. *dict. §. cum quis erit rogatus, iuncta gloss.* 2. vt iam proxime adductum est, quod etiam expresse vult Bart. ibi, dum exemplificat de filio, qui est de ordine sancti Francisci, quod scilicet ipse non faciat huiusmodi conditionem deficere, quia à lege, tam ex testamento, quam ab intestato prohibetur succedere. Et non est hic superflue insistendum, an liberi positi in conditione intelligantur substituti, quia sufficit ostensum esse, quod conditio, si Titius decesserit sine liberis, ita demum faciat deficere conditionem, si possint esse hæredes, vel ex testamẽto, vel ab intestato, ita videlicet, quod non sint à lege communi vel municipali prohibiti, ideo non solum temerarium, sed etiam nephas esset ab opinione, imo à vera sententia glo. 2. in d. §. cum quis. Bart. Ange. Imo. Pau. de Castr. quæ est communis, iudicando recedere, præsertim cum filius D. N. virtute præallegati statuti D. nõ sit habilitatus ad succedendum etiam in minimo matri in ipsa Gerada; Ergo nec obstat aliud principale, de quo aduersarius in actis facit magnum festum, & multum de eo gloriatur, videlicet, quod quis alteri stipulari vel pacisci non possit, tamen prædicta regula in multis casibus fallit, & inter cæteros, non
procedit in dote, † fauore scilicet dotis, *tex. est ad literam, in* 7
l. Gaius. ff. solut. matrimon. D. Ias. in dict. §. alteri, in 2. col. vers. secundo, prædicta regula, cum concordant. l. pater pro filia. C. de pactis conuentis, tam super dote. &c. Sed clarum est, quod pacta inita tam super dote, quam donatione propter nuptias, quam paraphernis æquiparantur, *vt patet per rub. & nig. Cod. eo. tit. & per tot. titul. ff. de pact. dotal.* Ergo, &c. Nec in præsentiarum aliquid faciunt vel facere possunt l. pactum dotale, vbi filiis per matrem, etiam in dote, non quæritur actio. C. eo. tit. Quia verum est, quod eis non detur directa actio, tamen datur vtilis actio, secundum primum intellectum glo. ibi in verbo, actionem, *per dict. l. Gaius, & d. l. pater pro filia*, quem sequitur D. Ias. in d. §. alteri. in 2. fallentia, cum ibi etiam alleget d. l. pactum dotale, pro ista fallentia. sed fortius videtur obstare l. debitor. in fin. vbi est casus, quod matri per filiam, etiam in dote, non quæratur actio. ff. ad S. C. Trebellia. Et sic videtur ibi casus rotundus, quod filia non possit pacisci vel stipulari matri, sicut nec econtra mater potest pacisci vel stipulari filiæ. d. l. pactum dotale, secundum intellectum glo. ibi, quem Legistæ communiter sequuntur, & ita communiter etiam tenent DD. in l. quod dicitur, per tex. in d. l. pactum dotale, cum sit eadem ratio in vtroq; casu. ff. de verb. oblig. Et videtur apertus tex. in præsentiarum pro domino reo, de quo etiam multum iactat, in d. l. inter socerum. §. cum pro se filia, vbi dicitur: cum pro se filia dotem promittere pepigit, vt si in matrimonio, sine liberis decessisset, matri suæ dos soluatur. Ex pacto filiæ matri nulla quæritur actio, &c. ff. de pactis dotali. Nam prædicta iura non vendicant sibi locum in præsenti casu, quod aperte probatur non eundo per mendicata suffragia, per tex. ad literam in l. Publia, in principio, vbi est casus, quod si mater paciscatur, vel stipuletur filio suo, super re sua, quæ ipsius erat duratura, quod valet huiusmodi pactum vel stipulatio. ff. depositi. *Item probatur in l. penult. in 3. respons. Cod. ad exhibendum. Bartol. Bald. & Paul. de Castr. in d. l. Publia, in princip.* & per d. l. Publia. Bartol. in d. l. stipulatio
ista. §. si stipuler, in 11. casu concludit generaliter, † quod 8
valet stipulatio vel pactum, super re propria stipulantis vel paciscentis, & quæ est eius duratura alteri tertio factum, pro tanto quod illi tertio acquiritur vtilis actio, *vt est text. ad literam, in d. l. penult. in fin. ibi, vtilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur actio depositi*, & dicit Alexand. de Imo. in d. §. si stipuler, *in 4. colum. versic. in quantum Bartol. hic in 11. casu, &c.* quod ista sit communis opinio, quare secundum eum cõsulendum & iudicandum, per vulga. quicquid dixerit Bal. in l. cum patrem. C. de iure dotium, & dominus Iason post eum in d. §. si stipuler. Nam Alexand. ibi respondet ad d. l. cum patrem, per quam mouetur Bald. & ratio domini Iason. in d. §. si stipuler, *in 7. colum. versicul. in nona fallent. cum princip. sequentis*, nihilominus valet, quia dicitur, quod text. in d. l. Publia, in princ. in quo solo Barto. & DD. se fundant, nihil probet. Quia licet ille textus decidat, res depositas reddi filio, & non secundo marito, prout mater deponens ordinauerat, & hoc propter exuberantiam bonæ fidei, quæ in contractu depositi desideratur, tamen non dicit textus, quod illi filio quæratur aliqua actio, licet glo. subaudiat, patet per textum in l. bona fides. ff. depositi. vbi vult, quod possit quid reddi vni, cui non competat actio. *Et adducit pro confirmatione decisionem Petri & Cyni, in l. ad probationem, la 1. ad finem, Cod. de probation. vt ibi latius per eum.* Nam pro

dicto

dicto glo. in d. l. Publia, in princ. versic. Filio, dum dicit, per vtilem actionem depositi, est text. ad literam, quem glo. allegat, etiam in d. leg. penult. in 3. respons. quia dicit, vt iam adductum est, vtilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur actio depositi. Et ideò est mirandum de domino Ias. quòd dixit, per mendicata suffragia, contra rotundum textũ. Sed huiusmodi ineptiæ solent plerunque contingere, conantibus communem opinionem, & veram impugnare. Item inaduertenter dicit D. Ias. quòd Bart. & DD. fundent se in solo isto tex. l. Publia, quia Bart. ibi, in versic. Oppono ad hanc legem, expressè etiam allegat ad hoc d. l. penult. Et sic est cõmunis sententia Bartol. & DD. per dicta iura, quod non sit speciale in deposito, nec in matre vel alia coniuncta persona, sed quod generaliter quis paciscendo vel stipulando alteri tertio, super re sua, quæ eius sit duratura, quærat alteri vtilem actionem sine omni cessione. Cum ergò indubitatum sit, quòd Gerada tanquam bona paraphernalia, fuerit propria vxoris, D.N. & eius duratura vsq; ad mortem eius, *vt patet per gloss. Rubrica. Cod. de pactis conuentis, tám super dote, quam donatio propter nuptias, & probatur per iur. in ea allegat. scilicet in l. si ergò. §. Dotis autem causa. ff. de iur. dot. l. final. in principio. Cod. de donat. ante nupt. & facit l. ea lege. C. de pactis conuentis.* sequitur quod ipsa valide, & cum effectu matri eius vxori prouidi N. paciscendo vel stipulando super Gerada seu mundo Muliebri, tanquã re sua; & sua duratura, actionem quærere potuerit, potissimum etiam cum aliàs speciale sit in dote, fauore dotis, quod possit quis stipulari vel pacisci alteri, pro qua dos est data, & ita eius fauore, *d. l. Gaius, secundum Bart. & DD. in d. leg. pactum dotale. Item in casu d. l. pater pro filia.* Nec obstant dict. l. pactum dotale, secundum 2. intellectum glo. & communem, & d. l. debitor in fin. cum §. cum pro se filia, & c. quia ibi stipulatio vel pactum interponitur super dote, quæ nõ erat duratura ipsius mulieris stipulantis vel paciscẽtis eam matri vel filiæ, cum transeat in dominium ipsius mariti, *secundum DD. & præsertim Alexand. de Imol. in dict. l. debitor. §. fin. ff. ad Trebel.* Imo quod dictus §. cum pro se filia, non solum penitus nihil faciat pro domino reo, sed iuncta gl. ibi, etiam contra eum, patet. Nam filia ibi non soluebat, sed solum promittebat dotem pro se, & pepigit, quod si in matrimonio, sine liberis decesserit, quod matri suæ dos soluatur, licet ibi dicatur, quod ex alio pacto filiæ nulla quæratur actio, tamen subiungit ibi text. quod si hæres puellæ, quem scilicet ipsa instituit secundum gloss. 1. ibi, soluerit pecuniam dotis matri, quod viro repetenti dotem contra placita (signetur verbum cõtra placita) obstabit exceptio. Et dicit ibi gl. in verbo, pecuniam: Quod si hæres puellæ non soluerit dotem, quod maritus non repetet eam: Quia quamuis ex illa stipulatione puellæ non detur actio directa, tamen quæritur vtilis: Et sic liquido claret, quod §. cum pro se filia valde inepte ab aduersario in proposito citatus fuerit. Prætetea in præsentiarum constat, non opus esse inquirere, an & quando quis possit alteri stipulari vel pacisci, cum non solum interuenerint pacta nomine contrahentium sponsalia, sed etiam ab ipsamet matre vxoris domini rei tunc præsente, vt patet præcipue de pacto, in quo in prætacto articulo, incipienti: fügete sichs aber/ds Jungfraw N. one Leibs erben/ꝛc. Nam virtute dicti pacti, si filia eius vxor D.N. non reliquisset liberos, & ita filium, ipsa consequuta fuisset 800. flor. ex dote filiæ, licet, quo ad Geradam, ipsa decesserit sine liberis, vt supra probatum est. Ita etiam pactum de Gerada disponens, de quo in præsenti articulo est initum inter matrem ipsam, & contrahentes coniuges: quare salua pace loquendo, D.N. reus conuincitur in aperta fraude, siue dolo suis fratscis de facto, imperitioni dominæ actricis resistendo, potissimum cum ipse dicat, quod ille articulus der Gerade/veniat continuatiue ad præcedentem, in quibus scilicet articulis actrix dicitur esse vna ex contrahentibus. Ergo, &c. Et ista omnia confirmantur, quia ex generali & notoria consuetudine, & obseruantia huius prouinciæ, pacta dotalia nõ solum valent & tenent, quantum ad coniuges contrahentes, sed etiam quo ad parentes vel fratres eorundem in his Capitulis, in quibus de eis pacta dotalia disponunt ipsis consentientibus, prout etiam quotidie practicatur, & experientia docet, quæ quidem consuetudo de iure tenet: † Cum etiam per consuetudinem induci possit, 9
quod quis alteri pacisci vel stipulari possit. *l. certi conditio. §. si nummos, in verbo, cum quotidie. ff. si cert. petat. quem text. ibi ad hoc not. expresse Ludo. de Rom. Alex. de Imo. & D. Ias. idem D. Ias. in d. § alteri.* nec aliquid facit contra actricem l. hereditas. C. de pactis conuentis. Quia mulier † consequendo Geradam, & ita mundum Muliebrem, non dicitur proprie 10
hæres defunctæ, quia non est successio in vniuersum ius, quod habuit defunctus. *l. hæreditas ff. de verb. signific.* Ideo in hæredem defuncti transeunt etiam iura defuncti actiue & passiue, *vt in rub. & nig. Cod vt actio ab hære. & contra hære. incip. cum simil.* Item die Gerade/in proposito non debetur actrici ex illo pacto tantum, sed etiam de iure communi Saxonum, & cõsuetudine generali huius prouinciæ: sed per illud pactum remanet obstaculum statuti D. sicut etiam pacto reseruari potest hæreditas, à qua quis propter aliquem iuris rigorem exclusus est, *§ fin. Instit. de legit. agnat. success. Bart. & Legist. in l. fin. Cod. de pactis.* Nec facit aliquid decisio Bal. in l. penult. C. ad l. Falci. &c. contra dominam actricem. Et primo illa decisio Bald. nullo iure probatur. Item ipse Bald. loquitur, ibi in terminis multum diuersis, & separatis à casu nostro. Nã hæc sunt verba eius: Et est argumentum, quod si vir, qui potest retinere tertiam partẽ, promittat dotem simpliciter, quod adhuc potest retinere tertiam partem, quam lucratur ex forma statuti: Quia promissio indefinita modetatur legis moderamine: in quibus terminis hic, vt apparet, nullo modo sumus. Quia hic maritus D. N. non promisit vxore sua decedente restituere dotem, vt loquitur Bald. quo quidem casu hæredes vxoris nihilominus consequuntur alias tres partes dotis, sed hic inter partes generaliter conuentum est, quod in Gerada, seu mundo muliebri debeat seruari generalis consuetudo illius prouinciæ, vt verba sonant, quia conuentum est, Was aber die Gerade belangt/soll es damit nach deß Lands gewonheit gehalten werden/ꝛc. Sed consuetudo generalis, non capitur pro consuetudine particulari loci, vrbis scilicet D. quæ nec ẽt est caput principatus Misniæ. Insuper idem Bal. vbi ex intento declarat hanc quæstionem, aliter decidit, scilicet in l. Quod nomine, *ante fin. 2. col. ver. sed quid si ex consuetudine.* ff. de cond. indeb. vbi concludit, † quod 11
vir qui ex consuetudine debeat lucrari certam partem dotis, promiserit restitutionem dotis, referẽdo se ad cõsuetudinem, vt quia dixit: Promitto secundum formam consuetudinis, quod tunc non videatur renunciasse, *argum. cap. Abbate, de verb. signifi. l. penult. C. de instit.* Sed hic D. N. non promisit restituere Geradam secundum formã cõsuetudinis vel statuti oppidi D. Ergo: Imo sequitur ex dictis Bald. in vtroque loco mer, quod si D. N. maritus promisisset soluto matrimonio, per mortem vxoris restituere Geradam, secundum formam cõsuetudinis, deß Lands, & ita generalis, quod tamen nihil de ea posset retinere, cum secundum consuetudinem generalem huius terræ, siue ius prouinciale, maritus penitus nihil lucretur

tretur ex Gerada vxoris, sed quod integra debeat resti-
tui proximiori cognatæ. Ex quibus patet decisionem
Angeli, in l. damni, la 3. §. cum parietem, & ibi post eum
Imo l. *post princ. ver. Item facit secundum Ange.* ff. de damno in-
fect. omnino facere pro domina actrice, cum secundum
consuetudinem prouinciæ, nihil debeat marito ex Ge-
rada vxoris, siue cum liberis, siue sine liberis decedentis.
Imo dicunt ibi plus Ange. & Imo. Quod si maritus pro-
misit totam dotem ex certa scientia restituere, quod non
detraheret partem eius, quam alias lucraretur ex forma
statuti. Præterea decidit not. Cyn. in l. post dotem, in le-
ctu. ff. solu. matri. Quod si pater fuerit stipulatus à gene-
ro totam dotem reddi mortua filia, quod non possit ma-
ritus retinere partem, quam lucrari debebat ex forma
statuti. *Refert & sequitur Alex. in. de Imo in addit. ad Bald. in dict. l.*
quod nomine. Et quod sæpe allegatus articulus de Gerada
disponens, non possit intelligi, nec interpretari, quod
loquatur de statuto vel consuetudine vrbis D. pater ex
sequenti articulo, incipien. Vnd es soll sich hierwider kein
theil/ rc. quia ibi disponitur expressis verbis, quod nulla
partium in casibus supra specificatis & expressis debet se
iuuare aliquo statuto, siue iure municipali, siue consue-
tudine vrbium, in quibus aliqui prædictorum casuum
12 accidere contingat: † Cum sequentia declarent præce-
dentia, & ad ea referantur, & econtra l. si seruus plurium,
§. fin. & ibi Legistæ, & l. qui filiabus, in princ. cum ibi no-
tat. ff. de leg. 1. per quem text. ibi in §. fin. decidunt Bar. &
DD. in d. l. qui filiabus, quod etiam verbum ambiguum,
positum in vna parte dispositionis, declaretur per alia,
quæ disponens dixerit, & sic patet per dicta iura, quod
quando quid est relatum ad plura diuersa vel separata, &
in vim eorum tantum fuit declaratum, vel in præceden-
tibus, vel in sequentibus, quod tunc sequentia declarent
præcedentia, vel econtra. Quanto magis in proposito
nostro dicti cap. in quo est expressum in plurali, Daß in
den hierinnen außgetruckten Fällen kein theil sich mit eini-
ger Willkür zubeheiffen habe. rc. declarat per præcedentẽ
articulum, von der Gerade/ generaliter loquentẽ, quod
scilicet in omnem casum, der Gerade /non debeat atten-
di aliquod statutum speciale, vel consuetudo specialis,
huius vel alterius oppidi vel loci, sed solum consuetudo
generalis deß Lands/ & sic prouinciæ huius in qua causæ
13 deciduntur, secundum ius Saxonum. Et † certius certo
est, quod consuetudo vel statutum alicuius vrbis non di-
citur consuetudo patriæ vel prouinciæ, sed solum con-
suetudo specialis, vel statutum speciale huius vel illius
vrbis, vel loci in quo viget. Et licet huiusmodi ius specia-
le in tali loco deroget legi, vel consuetudini generali pa-
triæ seu prouinciæ in loco in quo est. *l. 1. cum ibi not. C. quæ*
sit longa consue. per not. in l. de quibus ff. de legib. in cap. fin. de consue. Et
quod consuetudo certi loci solum vincat legem genera-
lem in loco in quo est, probatur per text. in l. venditor. §.
si constat. ff. communia prædiorum, *& bonus text. in leg. pe-*
nult. cum gloss. & ibi Bart. Cod. de metall. lib. 11. Non tamen vin-
cit legem generalem vbique. Iste est casus l. 2. secundum
commonem & verum intellectum. C. quæ sit longa con-
14 suet. Et huiusmodi consuetudini speciali loci, † potest re-
gulariter pacto partium renunciari, potissimum cum per
hoc ad ius commune, vel legem generalem prouinciæ
suæ patriæ reditur, † cum res de facili redeat ad sui ori-
15 ginem. *leg. si vnus. §. pactus, ne peteret. versic. quod si in specie. ff. de*
pactis. cap. ab exordio. 35. dist. Et licet pro confirmatione hu-
ius, possent multa adduci, tamen omissis multis hoc a-
perte probatur per not. decisionem Bartol. in d. l. si. C. de
pactis. Quod stante statuto loci, quod existentibus filiis
masculis, filiæ fœminæ non succedant patri ab intestato,
quod tamẽ valeat pactum patris initum cum filia, quod
ipsa vna cum filiis succedat ab intestato, non obstante
statuto, *& sequitur ibi Ang. Perus. & etiam defendit ibi optime*
D. Ias. in 6. colum. post princip. versic. tene indistincte optime. Bart. Et
licet Bald. Fulgo. & aliqui alii teneant contrarium, ta-
men & ipsi etiam tenent dictam decisionem Bart. Si filii
masculi patri paciscenti expresse consenserint, quod sci-
licet tunc filia, cum consensu patris & fratrum, potest si-
bi reseruare ius succedendi ab intestato, non obstante
statuto. *Ita determinant Imo. Ludouic. & Alexand. de Imol. in leg.*
stipulatio hoc modo concepta ff. de verborum obligat. Gemin. in capit.
quamuis, de pactis, in 6. Et cum constet, quod tale statutum
sit inductum in fauorem masculini sexus, cum per eum
conseruetur agnatio. *Instit. de legit. agnat. success. in princip. Iac.*
de Rauen. Cyn. Sal. & DD. in l. 1. Cod. de adult. Et per consequens
respicit etiam huiusmodi statutum publicam vtilitatem,
cum Reipublicæ intersit, † vt agnationes, & honestæ fa- 16
miliæ conseruentur. l. 1. §. si cui ventrem, in si. dum dicit:
Publice enim interest partus nõ subiici, vt ordinum di-
gnitas, familiarumq; salua sit. ff. de ven. inspi. Et expone
ibi glossella in verb. Familiarum, hoc est, agnatorum. Et
tamen nihilominus filii masculi possunt eorũ fauori re-
nunciare, quia, vt adductum est, per pactum tale reditur
ad ius cõmune, &c. Sequitur, quod in proposito nostro
cõmuni iuri Saxo. & generali consuetudini Saxonũ, quo
cautum & inductũ est, quod integra Gerada, siue mun-
dus Muliebris defunctæ mulieris debeatur ꝓximiori
cognatæ fœmineæ lineæ, et extra vrbem vel locũ, vbi de-
functa domiciliũ habuerit, moranti & habitanti, cui per
speciale statutum oppidi D. ibidẽ derogatũ sit, pacto nota-
rii renũciare possit: cum principaliter eius fauorẽ respi-
ciat, cum retineat res paraphernales vxoris ad eius Ge-
radam de iure Saxonum pertinentes. Licet tale statutum
etiam secundario respiciat communem vtilitatem op-
pidi D. cum Consulatui in D. aliquæ res particulares de
huiusmodi Gerada debeantur, præsertim cum vtilitas,
secundario inde obueniens, Consulatui sit omnino se-
parabilis ab vtilitate mariti, cui vtique vtilitati suæ pro-
priæ maritus ipse pactis dotalib. renunciare potuit. *l. si quis*
in conscribendo. C. de pactis, potissimum cum huiusmodi pa-
cta dotalia de iure valeant & seruanda sint, & sine dubio
sit, talia pacta ex voluntate contrahentium regulariter
valere. l. si pater. §. ex pactis conuentis. ff. de pact. dotali-
bus. l. vni. §. illud, alias fin. C. de rei vxo. actio. vbi dicitur:
Illud etiam generaliter præsenti addere sanctioni, neces-
sariũ esse duximus, vt si qua pacta intercessering, vel re-
stitutione dotis, vel pro tempore, vel ꝓ vsuria, vel pro a-
lia quacunq; causa, quæ neque contra leges, neq; contra
constitutiones, ea obseruentur, &c. & dicit ibi glo. 1. ꝙ il-
lud pactũ dicitur contra legem, si scilicet speciale pactũ
immutet naturam dotis, *vt leg. conuenire. ff. de pactis dotalibus,*
& §. ex pactis, in fin. Et sic patet per d. §. illud, quod illa pa-
cta dotalia, quæ conditionem dotis non reddunt dete-
riorem, seruanda sunt. Et hoc solum intelligitur de
naturali conditione dotis. ideo pacta dotalia, quæ red-
dunt conditionem accidentalem dotis deteriorem, &
præsertim, per quæ reditur ad naturalem, seruanda sunt.
Quia res de facili redit ad sui naturam. *text. est notab. licet*
vulgatus, in d. l. si vnus, §. pactus ne peteret. ver. Quod & in specie, &
in terminis nostris per pactũ appositum in literis poo-
saltris, in dicto articulo, vber die Gerade/ & sic super bo-
nis paraphernis, quia die Gerade est extra dotem, & præ-
cise reuertitur ad sui naturam, vt scilicet soluto matri-
monio per obitum vxoris seruetur in der Gerade/ & ita
in eius restitutione, generalis consuetudo, siue ius pro-
uinciale prouinciæ Saxonũ. † Illa enim pacta sunt solum 17
cootra

contra iura quæ scilicet expresse à iure reprobantur. *leg.*
pacta quæ contra, & ibi DD. C. de pactis. Sed illa & huiusmodi
pacta, super dote vel paraphernis interposita, nedum
non sunt à iure reprobata, sed expresse confirmata, vt
ex iam adductis patet. Ergò, &c. Nec statuto vrbis D. est
inductum, quod non valeat pactum contra tale statutum
vel consuetudinem. Et quia huiusmodi & similia
pacta super dote, donatione propter nuptias, & paraphernalibus,
nedum non sunt expresse à lege prohibita,
sed etiam expresse approbata, quando scilicet non reddunt
conditionem dotis naturalem deteriorem, iuribus
18 supra allegatis, &c. † Licet enim legi quæ prohibet pacta
fieri, quia sunt turpia, vel contra bonos mores, vel
flagitiosa, *vt l. iurisgentium. §. Prætor ait & §. fin. & d. l. si vnus.*
§. ob turpem, pacto renunciari non possit, cum fiat lege resistente,
& tali lege prohibitiuè renunciari non possit,
glo. in l. 1 cum simil. C. ne fideiuss. dotis detur. tamen quando lex
non prohibet pactum fieri, & illud, quod disponit lex,
non est de forma & solennitate actus. *quo casu scilicet loquitur l. nemo, cum simil. lib. ff. de legat.* 1. Nec dispositio respicit
principaliter publicam vtilitatem, *quo casu scilicet loquitur*
l. iurisgentium. §. si paciscar. & §. & generaliter, & d. l. si. vnus. §.
ante omnia, cum simil. ff. de pactis, sed principaliter respicit
priuatam vtilitatem, tunc valet & tenet pactum in contrarium:
Quia nihil aliud est, quam renunciare fauori
suo priuato per legem inducto, cui quilibet renunciare
potest, *per regul. d. l. penult. C. de pactis. In quibus terminis loquitur text. in leg. pacisci contra. ff. eodem titul. de pactis. Et dicta distinctio probatur per textum apertum in d. l. iurisgentium. §. si paciscar,*
& §. & generaliter, alias §. sequent. Cùm ergò sæpè nominata
statutum, & consuetudo oppidi D. respiciant principaliter
fauorem mariti & hæredum, fœminarum, dato etiam
quod in consequentiam concernerent publicam vtilitatem,
separabilem tamen à priuata vtilitate, tamen
eis renunciari possit, cùm etiam iuri communi, vt suprà
probatum est, pacto dotalitio renunciari possit; Multò
magis iuri speciali, quia multò facilius tollitur ius speciale
quam commune. *l e us milit. §. militià missus. ff. de testamento milit.* potissimum cum per tale pactum dotalitiū,
de quo in sępè nominato articulo der Heyraths verschreibung/
præcisè & specificè reuertatur, quantū scilicet ad
restitutionem der Gerade/ attinet, ad ius commune Saxonum,
siue generalem consuetudinem huius prouincię,
quod quidem ius Saxonum dicitur continere publicam
vtilitatem. alias non valeret. *c. erit autem 4. distinct.* ideò
in casu nostro habet locum præallegata regula, quæ habet;
Quod res de facili reuertitur ad sui naturam. *d. §. pa-*
19 *ctum ne peteret. ver. quod & in specie.* † Ex quo sequitur, quod
prædictum pactum dicitur fauorabile, & per cōsequens
extendendum, cum per ipsum redeatur ad ius commune
Saxonum, cum talis materia, per quam reditur ad ius
commune, sit fauorabilis. *glo. est valde notab. in cap. statutum.*
in verbo, numerandum, ibi. Item per hanc, de præbendis. in 6. Item
licet pactum, vel renunciatio prælati regulariter nō præiudicet
Ecclesiæ, tamen præiudicat ei, quando per hoc
reditur ad ius commune, siue præiudicium sit leue, siue
graue. *Ita notanter decidit Panormit. in c. penult. alias cap. veniens. (mihi, in penult. column. in fin.) versic. solutio. Ioan. And. distinguendo, & c. de rescriptis allegatu ad hoc ca. 1. & fin. de pactis, in 6.* Per
quæ iam euidentissimè infertur, quòd quum dicta conuentio
contra consuetudinem specialem oppidi D. fuerit
& sit valida, & concernat principaliter fauorem paciscentis,
quod Consulatus D. nullum penitus interesse
ad impediendam matrem vxoris domini Cancellarij, ne
consequatur integram Geradam, prætendere possit, potissimum
quum talis conuentio sit fauorabilis, & extendenda,
quum per eam reuertatur ad propriam & originariam
naturam der Gerade/ scilicet vt detur secundum
dispositionem communis consuetudinis, vel iuris huius
prouinciæ Saxoniæ. Et pro fortificatione prędictorum,
videlicet, quod prædictum pactum, quo renunciatum
fuit statuto siue consuetudini speciali vrbis D. valeat &
teneat, dato quod etiam respiceret publicam vtilitatem,
probatur etiam euidenter. Nam † clarum est, quod vti- 20
litas priuata mariti esset omninò separabilis ab vtilitate
publica. Sed iuri positiuo continenti simul & æqualiter
vtilitatem publicam, & priuatam, & vtilitas priuata possit
separari à publica, adhuc valet renunciatio, quantum
ad priuatam vtilitatem renunciantis. *d. l. iurisgentium. § si*
paciscar, & ibi not. Secus si non esset separabilis. *lege de div. ff. de pactis dotals. iuncta leg. 1. ff. soluto matrimo. & ita expresse decidunt Bart. Paul de Castro, & Legista in dict. l. si quis in conscribendo. C. de pactis.* item quod iuri continenti principaliter
priuatam vtilitatem, licet secundariò contineat etiam
publicam vtilitatem, renunciari possit, tenent communiter
Doctores in d. l. si quis in conscribendo, quia tunc
non sumus in regula l. ius publicum. ff. de pactis. Et propter
hanc rationem concludunt communiter Doctores
post Dyn. scilicet, Bald. Ioan. de Imol. in d. l. nemo. Bald. & Angel. in l. 1. C. ne rei dom. vel templo, & c. Ioan. And. in addit. Specul. in titul.
de præscript. † quòd scilicet valeat pactum, per quod re- 21
nunciatur præscriptioni, quia rescriptio respicit priuatam
vtilitatem præscribentis principaliter, & publicam
secundario, *vt declarat Bart. in l. 1. ff. soluto matrimonio.* Ergò
&c. Et quum sint etiam meræ nugæ siue frascæ, exponendo
verbū prædicti articuli, scilicet, Nach gewonheit
deß Landes/ rc. pro iure speciali oppidi D. & sic exponere
album pro nigro, non est hic superfluè insistendum.
Consuetudo enim prouinciæ non dicitur specialis consuetudo
alicuius vrbis, nec econtra, vt etiam patet ex diuersitate
vocabulorum, quia vna dicitur generalis, & altera
specialis: diuersitas enim nominum diuersitatem
rerum in potentia & effectu inducit. *l. si idem codicilli. C. de codicillis.* Habet enim diuersos effectus consuetudo generalis
prouinciæ, patriæ, vel terræ, & consuetudo alicuius
loci vel vrbis, *vt leg. 2. cum ibi notatis. C. quæ sit longa consuet.* & de vna non infertur ad aliam, quod potissimum
procedit in proposito nostro, quum in sequenti articulo
literarum sponsalitiarum expresse dispositū sit, quod
nulla partium in supra dictis casibus expressis, de quorum
numero est etiam casus der Gerade/ seu mundi muliebris,
possit se iuuare aliquo iure speciali vrbium, per
quod solum etiam apparet, quod verbum, Nach gewonheit
deß Landes/ positum in præcedenti articulo, non possit
intelligi de speciali iure vrbis D. Et friuola impugnatio
apertæ veritatis est causa harum ineptiarum. Ex quibus
omnibus iam vltra deducta, pro parte actricis in actis,
liquido infertur, partes iudicis in hac causa esse &
fore in pronunciando & condemnando reum, prout petitum
est.

THEMA CONSILII XXVIII.

De testamento patris, condito inter liberos, quibus solennitatibus factum teneat. Et quid in legatis extraneis, & in substitutionibus ipsis filijs inuicem factis, vtrum filii per substitutionem possint grauari in eorum legitima, & quæ sit legitima filiorum, & de conditione apposita, si hæreditati renunciauerit, vtrum valeat, &c.

SVMMARIA.

1 *In testamento patris, inter liberos suos naturales & legitimos condito,*

condito, non requiruntur solennitates iuris ciuilis, alias ad testamentum requisita.

2 *Etiam substitutio pupillaris, qua pater substituit filio impuberi alium filium, fratrem scilicet pupilli, in testamento, sine aliis solennitatibus inter liberos condito, valet.*

3 *Sufficit quod testamentum patris conditum inter liberos, sit scriptum manu testatoris, vel saltem ab ipso subscriptum, vel liberis. absq; aliis testibus.*

4 *Item in tali testamento debet exprimi tempus conditi testamenti.*

5 *In priuata scriptura regulariter nec dies, nec consul requiritur, nisi in testamento patris inter liberos manu sua scripto, &c.*

6 *Vt debeantur legata in tali testamento extraneis, ad minus duo testes requiruntur.*

7 *Substitutionem tali testamento patris facta, non potest grauari legitima.*

8 *Omne grauamen reiicitur à legitima, etiamsi tota hereditas liberis sit relicta.*

9 *Quid sit legitima.*

10 *Renunciatio futura hereditatis, sine iuramento non valet.*

11 *Capitulum de non succedendo filiæ in futurum, alia capitula non vitiat.*

CONSILIVM XXVIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Prouidus & honestus vir H.R. relictis post se filiis & filiabus, ex primo matrimonio procreatis, & secunda vxore vna cum filia, & valde pingui & opulenta hæreditate, pie in Christo defunctus est, relicto etiam post se vltimo Elogio, siue testamento, manu sua scripto, in quo filios suos & filias instituit heredes, & substituit: fecit etiã legata aliqua extraneis, nullis tamẽ aliis solennitatibus de iure ciuili requisitis, adhibitis. Quæritur, vtrum valeat huiusmodi testamentum. Et deciditur, quod licet in testamento paterno inter liberos condito, non requirantur solennitates à iure ciuili requisitæ: & honestũ sit, filios & filias exequi voluntatem parentum, etiam minus solentem, tamẽ præfatum testamentum de iuris rigore esse inualidũ, quum non contineat diem nec tempus conditi testamenti: & etiam si contineret, tamen quantum ad legata extraneis facta, non valeret, sine testibus ad minus duobus. Præterea filii per substitutionem non potuissent grauari in legitima. Et hinc determinatur, quæ sit legitima filiis debita. In quantum autem dispositio testamenti cõcernit vxorem defuncti, dum illi iniungitur, vt acceptis illis, de quibus illi ad vitam est prouisum, renunciet hæreditati filiæ, in casu, quo præmoreretur, dicitur quod sit inualida. Et quod heredes teneantur vxori defuncti relinquere prouisionem factam, & quod ad renunciandum cogi nõ possit. Et ista omnia breuiter, omissis omnib. superfluis, probantur. Et quantum attinet ad primum, probatur breuiter, omissis omnibus superfluis, &c. licet in

1 † testamento à patre condito inter liberos suos naturales & legitimos, non requirantur solennitates iuris ciuilis, requisitæ ad testamentum, sed solum attendatur ius gentium, & ideo in tali testamento sufficiunt duo testes. *l. 1. C. famil. hercisc.* l. hac consultissima. §. ex imperfecto, vbi dicitur: Ex imperfecto autem testamento voluntatem teneri defuncti, nisi inter solos liberos à parentibus vtriusq; sexus, habeatur, non volumus. C. de testamen-

2 tis. Et hoc pro tanto procedit, † quod valeat etiam substitutio pupillaris, facta à patre filio impuberi in tali testamento imperfecto, substituendo scilicet ei alium filium, fratrem scilicet pupilli, licet non valeret, si substitueret ei extraneum, *secundum Bart. not. in l. 2. (mihi, in 3. colum.) versic. sexto dicitur ibi. Sed quæro, quid si testamentum. ff. de vulga. & pupill. substitu. Ioan. de Imol. in c. Raynutius, in materia pupillaris substitutionis. D. Iason in d. §. ex imperfecto, in princip. Licet Saly. in l. si testamento, in 2. colu. versicul. item quæro, quid dixit de hoc, &c. C. de impub. & aliis substit.* Quia substitutio pupillaris non est testamentum patris, sed ipsius filii. §. *igitur. Instit. de pupill. substit.* Item videtur testamentũ conditum inter fratres, & non inter filios, & per consequens videtur, quod non habeat locum isto casu d. §. ex imperfecto, tamen D. Ias. in d. §. ex imperfecto, dicit ad hæc patere responsionem ex tex. in l. Papinianus. §. sed nec impuberis, ff. de inoffic. testamento. Sicut optime claret responsio recte intuenti. Item † quamuis sufficiat ad hoc, 3
vt valeat testamentum à patre conditum inter liberos, quod sit scriptum manu propria ipsius patris, vel ab alio subscriptum, tamen à patre vel liberis, sine omnibus testibus, *Authent. quod sine, C. de test. & Authent. si modo. C. famil. herciſc. & in corpore vnde sumitur.* Tamen prætensum testamentum H.R. inter liberos suos conditum, nõ obstantibus prædictis, & quod manu sua propria scriptum est, &c. conuincitur esse nullum, & ipso iure inualidum, quod ostenditur à sufficienti partium enumeratione. Nam primo constat, quod casus prætensi testamenti non sit comprehensus in dispositione d. §. ex imperfecto, quia nulli testes interuenerunt. Nec dictæ Authenticæ, si modo, quia scriptura asserti testatoris H.R. nõ est eius manu, nec etiã à liberis eius subscripta, nec dictæ Authenti-
cæ. Quod sine. Nam † scriptura patris manu eius scripta, 4
continens vltimam voluntatẽ ipsius inter liberos suos, sine subscriptione testium, tunc demum valet, quando in ea exprimitur tempus conditi testamenti, *per tex. ad literam, in d. § quod sine.* per quas Authenticas est inductum, quod l. fina. in verbo, siue quocunque alio modo scripturæ. C. famil. hercisc. volens, quod scriptura reperta inter scripturas patris, continens vltimam volũtatem eius, inter liberos, seruanda sit inter liberos, licet non sit solennis, & testibus careat, hodie non procedat. Sed ad hoc vt talis scriptura habeat vim vltimæ voluntatis, requiritur quod sit scripta à patre vel liberis ipsius, vel quod sit scripta manu propria patris. Et sic per illa iura Anth. aperte claret, quod ad hoc, vt scriptura facta manu propria patris, sine tamen subscriptione testium, continens vltimam suam voluntatem inter liberos, valeat, requi-
ritur expressio temporis in eã, † quamuis sit priuata scri- 5
ptura, in qua regulariter non requiritur, nec dies, nec consul. *l. cum tabernam. §. idem quæsiit. ff. de pigno.* Nam est speciale in huiusmodi priuata scriptura testamẽti, etiam inter liberos. Et est ratio specialitatis, *secundum Bald. in d. Auth. quod sine, ante fin. versic. quæro vlterius*, quia pluries & fieri & mutari potest, & ideo debet apparere de tempore, quia id demum ratum est, quod vltimũ comprobatur, *vt l. ornatum. C. de testam.* & est expressum *ff. quemad. testamen. aperi. l. 2. §. diem, & seq. in d. Auth. quod sine. Bald. Ang. Paul. & Mod. Sal. & pulchre Alex. de Imo. in consil. 123. incip. discussis hesitationibus, de quibus in themate, in 3. colum. ver. sed præmissis non obstantibus, in 1. volu. & not. Alexand. de Imol. in cons. 76. incip. ponderatis his, quæ in themate, (mihi, ante fin. 3. colum.) versic. insuper alia ratione, in 3. colum.* Item vbi in scriptura etiam priuata requiritur tempus, debent exprimi non solum dies, menses & anni, sed etiam nomen Imperatoris, seu regnantis. §. *quicunque. in Authent. quibus mod. natu. effi. legit.* vt præponatur nomẽ Imperatoris, *& not. in l. generali. C. de tabell. libro 10. & in cap. inter dilectas, in fi. de fide instrumen.* Sed in scriptura priuata vltimæ voluntatis H. R. manu propria eius facta inter liberos suos, nec tempus, nec nomen Imperatoris exprimitur. Ergo, &c. Et licet testamentum patris, inter liberos manu eius scriptum, valeat, &

teneat, quo ad liberos, sine omni subscriptione testium,
6 tamen † ad hoc, vt legata extraneis in eis facta valeant, non sufficit quod sit scriptum manu propria patris, sed requiruntur ad minus duo testes. §. 1. *cum ibi nota in Auth. de testamento imperfecto. Bald. & Alex. de Imol. in d. Auth. quod sine.* Per quæ iam liquido infertur, H.R. ab intestato decessisse, cùm prędictum testamentum eius inter liberos, licet manu sua scriptum fuerit, imperfectum sit, propter defectum solennitatis temporis, à d. Auth. quod sine, requisitæ. Sed imperfectum & nullum, æquipatantur & parificantur. Ergo, &c. Præterea & secundo posito, quod sæpe nominata scriptura H. R. manu eius propria scripta, continens vltimam voluntatem eius inter liberos ipsius, esset valida, & sic comprehensa in prouisione dictæ Authenticæ, quod sine, & per consequens, quod etiam valerent substitutiones fideicommissariæ, in ea factæ liberis, in d. scilicet articulo, So auch der Söne eins
7 theils/rc. tamen † expeditum est, quod quo ad legitimam ipsorum liberorum, non valuisse, & perinde esset, ac si de legitima nulla penitus facta fuisset substitutio fidei-
8 commissaria, liberis testatoris. Quia † expeditum est, quod omnis cōditio, delatio, & quælibet dispositio, moram vel grauamen aliquod inducens, reiicitur ipso iure de legitima. l. quoniam in prioribus. dicit enim ibi text. Hoc in præsenti addendum esse censemus, &c. C. de inoffi. testamen. & quamuis d. l. quoniam in prioribus, loquatur, quando filius est institutus in sola legitima, & est adiecta conditio, vel aliud grauamen, tamen habet etiam locum, quando liberis est relicta tota hæreditas per fideicommissum, sub conditione vel ad diem. Nam adhuc huiusmodi conditio vel grauamen de legitima, reiicitur, & in residuo durat, *tex. est ad literam in l. scimus. §. cum autem. C. de inoff. testamen. per quem scilicet tex. ampliatur, secundum Fulgo. Paul. de Castr. & dom. Ias. ibi d. l. quoniam in prioribus.* Et sic est sine omni scrupulo, quod H. R. nec per fideicommissum, nec alio modo potuit grauare liberos eius in legitima eorum. Et licet olim legitima omnium liberorum erat quarta tantum. *l. Papinian. §. quarta autem. ff. de inoff. testam. l. cum quæritur. C. eod. titul.* Tamen hodie de iure nouissimo Authenticorum, est triens, si sunt quatuor liberi, vel pauciores. Si autem sunt quinq; vel plu-
9 res, legitima est dimidia. Et † legitima liberorū est quota scilicet tertia, vel dimidia pars bonorum ipsius patris, & non hæreditatis eius. Et propterea quia bona dicuntur deducto ære alieno. *l. subsignatum. §. bona, cum simil. ff. de ver. sig.* Ideo legitima liberorū intelligitur, deducto prius ære alieno, & impensa funeris. *l. Papinianus. §. quarta autem. & §. quoniam autē quarta. ff. de inoff. testa.* Et legitima filiorum dicitur tertia vel dimidia portionis debitæ ab intestato. *Auth. nouissima, cum gloss. 1. in verbo, Triens. & l. parentib. in princ. C. de inoffic. testam.* Ex quibus etiam sequitur, quod liberi H.R. etiam in prædicto casu, si scilicet scriptura sua manu scripta, continens vltimam suam voluntatem inter liberos eius, valeret, nihilominus de eius legitima libere, & pro eius arbitrio disponere possent, cū huiusmodi substitutio fideicommissaria vsq; ad legitimam reiiceretur. *d. l. quoniam in prioribus. & d. l. scimus. § cum autem, &c.*

Secunda principalis respōsio est etiam sine omni du-
10 bio, † cum certum sit, renunciationem futuræ hęreditatis, etiam actualiter factam, seu pactū de non succedendo sine iuramento, non valere. *l. pactum dotal. cum concord. ibi in glo. adductis. C. de coll. cap. quamuis, de pactis, in 6.* Et rationem assignat tex. in l. fin. in fin. dum inquit: Priuatorum enim cautiones legum autoritate non censeri, *iuncta glo. ibi, in verbo, Cautiones. ff. de suis & legit.* Et pulchram rationem assignat D. Iason in d. l. pactum notab. *in 1. colum. versic. tu adde 6.* quia ille potest repudiare, qui potest adire, & econtra. *l. nec is. & l. is potest. ff. de acquir. hered.* Sed viuentis nō potest hæreditas adiri. *l. qui superstitis. ff. de acquir. hared.* Ergo etiam viuentis hæreditas non potest repudiari. Et † sic 11
istud Capitulum, de non succedendo filiæ in futurum, In der Leibgedings verschreibunge positum, à iure reprobatum, non vitiat alia capitula, ab illo diuersa & separata, per text. in simili, in l. si partes. §. 1. alias §. ex causa, vbi deciditur, quod tot sunt sententiæ, quot sunt separata capitula, & ideo potest sententia firma manere in aliquo, & in aliquo retractari. *& ibi Bart. & Doct. ff. de minor.* Et sic illud Capitulum, de non succedendo, ex quo est nullū, & à iure reprobatum, habetur pro non apposito. *l. non dubium, cum ibi notatis. C. de legib.* Præterea in dubio conuentio non intelligitur facta sub conditione, sed potius pure, vel sub modo, *scilicet Bart. Bald. Ang. Paul. de Cast. & D. Ias. in l. cum mota. C. de transaction. & allegat ad hoc tex. in l. quaero. §. inter locatorem,* quod apparet ex eo, quod ibi dicit de exceptione, quæ non esset necessaria, si dispositio ibi intelligeretur conditionaliter. *ff. locati, &c.*

THEMA CONSILII XXIX.

Res adiudicata alicui per laudū arbitrorum, in quo est factum à partibus compromissum, potest peti ab hæredibus condemnati, nisi obstet præscriptio. Item decimis adiudicatis ex certis fundis, integræ decimæ peti possunt, nisi doceatur de contrario, videlicet, quod nihil, vel minus vltra legitimum tempus sit solutum.

SVMMARIA.

1 *Partes tenentur stare arbitramento, nisi expresse sit iniquum.*
2 *Vtrum parti seruanti arbitramentum contra non seruantem sit prodita actio, & quæ.*
3 *Arbitramentum largo modo dicitur transactio.*
4 *Sententia arbitratorum non potest tacite emologari per lapsum decem dierum, nec etiam expresse, vt valeat vt sententia, & producat actionem: secus in sententia arbitrorum.*
5 *Partes possunt emologare sententiam arbitratorum, vt valeat tanquam pactum vel transactio.*
6 *Verbum, promisit, in instrumento positum, importat stipulationem. Et quid de verbo Conuenit.*
7 *Arbitramentum arbitratoris tacite potest emologari, quantum ad reductionem ad arbitrium boni viri.*
8 *Reductio ad arbitrium boni viri, est species appellationis.*
9 *In confessum vel conuictum non sunt aliæ partes iudicis, quam in condemnando.*
10 *Actoris intentione fundata, reus astringitur ad probandam suam exceptionem, etiamsi consistat in negatiua.*
11 *Quantum possessum, tantum præscriptum.*

CONSILIVM XXIX.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Visis & ponderatis instrumentis arbitramenti, & obligationis, seu promissionis secutę inter nobiles H. de N. & N. quibus mille & 800. floreni adiudicati sunt prædicto H. de N. Insuper etiam tale arbitramentum ratificatum, & per instrumentum à partibus promissum, quod post mortem M. debeat peruenire & pertinere prędicta summa ad H. de N. arbitror breuibus decidendum & concludendū, quod prædictus H. de N.

vigore

vigore talis arbitramenti, & ratificationis, & promissionis secutæ, possit petere illam summam ab hærede N. nisi præscriptio legitimæ ei obstet. Secundo, quia per arbitramentum ad eum peruenerunt quædam bona & decimæ fundorum, ex quibus fundis aliqui spectãt ad monasterium N. quod de illis fundis propriis vsibus deputatis, denegat soluere integras decimas, allegans se non teneri, nisi ad solutionem dimidiæ partis decimarũ, &c. *Resp.* Cum intẽtio H. de N. ex literis inuest. sit fundata, monasterium teneri ad solutionem integrarũ decimarum, nisi possit probare allegatam exceptionẽ præscriptionis, quod legitimo tempore de fundis suis propriis non soluerit nisi dimidiam partem decimæ. Et præcedentes conclusiones & decisionas sunt adeo claræ, stante scilicet contingentia facti in veritate, quod non egeãt
1 aliqua probatione. † Constat enim, quod pars, contra quam arbitrator pronunciauit, vel laudauit, tenetur stare huic arbitramento, nisi contineret manifestã iniquitatem, tunc enim posset reduci ad arbitrium boni viri, hoc est, iudicis. *l. societatem §. arbitrorum, & ibi pulchre Bart. ff.*
2 *pro socio. c. Quinta vallis, à contrario sensu, de iureiur.* Sed hic † videndũ est, an actio, & quæ oriatur parti seruanti arbitramentum contra non seruantem. Nam clarum est, quod ex sententia arbitri, si in compromisso non fuerit adiecta pœna, si fuerit emologata, id est, taciturnitate 10. dierum approbata, oritur exceptio & actio in factum. *l. penult. & ibi Legist. C. de arbit.* Idem & fortius, si partes expresse approbant sententiã, tamen ex sententia arbitratorum non oritur actio, cum dictum seu laudũ eius dicatur improprie sentantia, sed potius transactio quædã. *gloss. est not. in § quia vero, vnde sumpta Authentica, Si vero contigerit. C. de iudiciis, in Auth. vt diff. iud. col. 9. & probatur in Auth. si vero contigerit, & ibi communiter Legist. Bart. in d. l. societatem. §. arbitrorum, in 1 q extra gl. Bart. & Paul. de Cast. in l. quod si Ephesi. §. interdum, alias §. · ff. de eo quod certo loc. Canon. in d. c. Quinta vallis.* Nec obstat l. transactio. C. de transactio. vbi habetur, quod non dicitur transactio, nisi aliquo dato vel retento. Sed arbitrator potest in totũ absoluere, quia resp. Bart. & DD. in dictis locis, & Bart. in l. furti. §. qui iussu. ff.
3 de his qui not. infamia. † quod arbitramantum arbitratoris largo modo dicitur transactio, cõsiderato effectu, quia sicut per transactionem fit recessus à lite, ita per arbitramentum. Tamen si præcessit stipulatio, oritur actio ex stipulatu, licet non interuenerit iuramentum. *Innoc. in d. c. Quinta vallis, & post eum Bart. in d. §. arbitrorum, (mihi ad fin. 3. col.) vers. quaro vtrum ex sententia arbitratoris, cum prin. seq. Panorm. in d. c. Quinta vallis, (mihi, post princ. 6. colum.) in ver. & quod ad primam quæstio. Alex. de Imol. in Apost. ad Bart. in d. §.*
4 *arbitrorum, cum concord.* Item † licet sententia arbitrorum nõ possit tacite emologari, scilicet taciturnitate 10. dierum: Nec etiam expresse partes possunt ipsam emologare, quum hoc non reperiatur iure expressum, sicut in sententia arbitri, *secundum Innoc. in d. c. Quinta vallis.* Hoc est verum quo ad hoc, vt scilicet habeat effectum emologationis, quod sententia pariat actionem in factum, & meretur executionam, sicut sententia iudicis ordinarii.
5 *d. l. pen.* possunt † tamen secundum Innoc. expresse emologare partes sententiam arbitratoris, quo ad hoc vt valeat tanquam transactio & pactum. *facit l. 2. cum ibi notatis. C. communia vtriusq. iud.* Non autem quo ad affectũ emologationis, de quo supra. *sequitur Bart. in d. §. arbitrorum.* Non enim est eadem ratio in sententia arbitri, & arbitrorum, quia arbiter habet instar iudicis procedere. *l. 1. ff. de arbitrat.* Secus in arbitratore. Sequitur & refert, etiam valde notanter subdens, esse menti tenendum, Ioan. de Imol. in d. c. Quinta vallis. *in 11. colum. versic. vndecima differentia.* & Panor. ibi, *in fin. 5. colum. versic. octaua differentia.* vbi dicit, quod dictum arbitratoris non emologatur prędicto modo, scilicet vt oriatur actio: Sed si expresse cõfirment partes, parit exceptionem quasi transactionis, vel pacti. Subiungens ibi, imo secundum Hosti. Si æquum sit, etiam vna parte cõtradicente, erit officio iudicis executioni mandandum. *arg. ff. de re iud. l. si conuenerit.* & idem, si iniquum fuerit, postquam ad æquitatem fuerit redactum, *argum. c. 2. de arbitr.* Quum ergo in terminis nostris vltra hoc, quod partes approbarunt arbitramentum, & in ipsum etiam expresse consenserunt, & sic emologarunt, vt scilicet habeat vim transactionis. Et iunior H à N. in Christo defunctus, per stipulationem promiserit patruo suo seniori H. à N. quod scilicet post mortem eius, sine hæredibus ex corpore eius, prædicti mille & octingenti floreni ad ipsum, vel hæredes eius perueniant, vt patet ex illis verbis præfati instrumenti, ibi, scilicet præmissis præcedentibus, Dat genante Hennnig also in meiner Notarien vnd aigẽ nedergeschreuẽ Hande stett vnde veste tho holden gelouet/ quia † verbum promissa, in 6
instrumento positum, importat stipulationem. § si scriptum, vbi dicitur: Si scriptum in instrumento fuit, promisisse aliquem, perinde habetur, atq; si interrogatione præcedente responsum sit. Inst. de inut. stip. Imo verbũ, Conuenit, redactum in instrumento, intelligitur etiam per stipulationem, & non nudum pactum. Et ita, quod non sit differentia in hoc inter verbũ, Conuenit, & verbum, Promisit, redactum in scriptura, quia vtrunq; importat stipulationem, communiter tenent DD. in l. Lecta, contra Bart. ibi facientem differentiam in hoc inter verbum, Conuenit, & verbum, Promisit, quod verbum, Conuenit, nudo pacto, & verbum, Promisit, per stipulationem intelligatur, & non obstat text. ibi, in verbo, Conuenit, quia secundum Fulgos. & Roman. Ideo verbum, Conuenit, intelligitur nudo pacto, & non per stipulationem, quia multa capitula erant in scriptura, de quia in text. ibi, & vbi partes voluerint stipulari, expresse stipulati sunt, vt in 1. & 2. capit. vnde si voluissent stipulari in 3. capit. etiam expresse fuissent stipulati. Alii alio modo respondent. Sed de hoc non est hic insistendum, quum in dicto instrumento contineatur verbum, Gelouet/ sequitur, quod A. à N. competit actio ex stipulatu, contra hæredes iunioris H. à N. ad præfatam summã 1800. flor. Nec ipsa agenti possit obiici præscriptio 30. annorum, quasi effluxerint plus quam 30. anni, à tempore dicti arbitramenti, siue Laudi, vt ex Dato patet, quo tempore regulariter præscribitur actioni in personam *l. sicut. C. de præscript. 10. annorum.* Quia ante mortem matris iunioris H. de N. non fuit ei nata actio, vt ex Laudo, siue arbitramento constat. Ergo antea non potuit incipere præscriptio. Quia nõ valenti agere, non currit præscriptio, *l. 1. in fi. C. de anna. exc.* Inmò, si mater iunioris H. de N. ante 30. ann. A. à N. adhuc in pupillari ætate existente, decessisset, præscriptio non cucurrisset contra eum, durãte pupillari ætate. Imo, vt ex supra adductis claret, etiamsi nulla penitus interuenisset hic stipulatio, tamen quia ambæ partes acceperant dictũ arbitramentum, siue laudum arbitratoris, possat A. à N. contra hæredas iunioris H. à N. implorare officium iudicis, vt arbitramentum executioni demandetur: quæ omnia sunt in præsenti casu sine omni dubio, quum ambæ partes approbauerint ipsum arbitramentum, & sic non potuisset per iuniorem H. de N. peti, vt reduceretur ad arbitrium boni viri: dato, quod fuissat iniquum, sicut tamen non fuit, ex parte iunioris H. à N. quia senior H. à N. fuit in eo læsus, quod procedit, etiamsi ex-

presse non approbassent: quia licet arbitramentum arbitratoris, non possit expresse vel tacite emologari, eo
7 modo, quo sententia arbitri, vt supra ostensum est, † tamen potest emologari etiā tacite; vt scilicet amplius nō possit peti reductio ad arbitrium boni viri. Et Speculator in tit. de arbitr. §. sequitur. versic. sed infra quod tempus, vult quod ista reductio debeat fieri infra 10. dies, ad
8 instar appellationis, † quum sit quædam species appellationis. *l. non distinguemus. §. quum quidam, de arbitr. Quod refert & sequitur notanter Pan. in d. cap. Quinta vallis, in 6. col. ad fin. versic. venio ad secundam quæstionem, cum sequen. ibi. Sed mihi plus placet. Et allegat ad hoc d. l. pen. C. de arbitr.* Quia licet loquatur in arbitro, tamen arbitrator largo modo potest dici arbiter. *d. §. arbitrorum. & per alias rationes, vt ibi per eum*: per quæ iam patet, quod decisio siue responsio, ad primum quæsitum sit fundata, & ita quod de competenti remedio sit A. à N. contra hæredes iamdicti H. pro consecutione sæpè præfatæ summæ pecuniariæ prouisum, actionis scilicet ex stipulatu, item officio iudicis, &c.

Item & responsio ad secundū quæsitum, est etiam sine omni dubio. Nam quum A. à N, habeat fundatam intentionem impetitionis suæ, integrarū scilicet decimarum, ex tit. scilicet cōcessionis & infeudationis decimarum in toto prædio Ader. vt virgines sacratæ monasterii ibi siti, habentes etiam agros in tali prædio, fatentur. Sequitur quod ipsæ condemnandæ sunt ad solutionem in-
9 tegrarum decimarum de suis agris, sicut aliis: † quum in confessum vel conuictum nullæ aliæ sint partes iudicis, quam in condemnando. *c. nos in quenquam. 2. qu. 1.* Nisi virgines earum exceptionem, præscriptionis scilicet, qua nituntur se tueri aduersus petitionem A. de N. integrarum decimarum de agris suis, vt scilicet non teneantur, nisi ad dimidiam partem huiusmodi decimarum de suis agris, quando eis in earū vtilitatem vtuntur, probent, & nisi probauerint talem exceptionem præscriptionis, succumbent: quia fundata intentione actoris, reus condemnari debet, nisi opponat exceptionem peremptoriam contra eam, & eam probet. *l. 1. C. de proba.* Reus enim excipiendo, fundata intentione actoris, fit actor, & sic exceptionem suam, ad elidendam intentionem actoris probare tenetur. *l. 1. ff. de exceptio. l. in exceptio. in princip. ff. de proba.* Imò licet reus non cogatur probare negatiuam. *l.*
10 *actor. cum simil,* Tamen † si intentio actoris est fundata plene, aut saltem per præsumptionem iuris; reus etiam ad probādam negatiuam astringitur, si vult in causa obtinere, siue illa negatiua habeat implicitam affirmatiuam, siue non, *vt l. siue possidetis, cum ibi notatis, C. de probat. l. etiam. C. de donat. inter virum & vxor. l. Quintus. ff. eod. l. nec codicillos. C. de codicillis. l. si quis per calumniam, cum simil. C. de Episcop. & cleric.* Quanto magis in proposito præfatæ virgines sacratæ contra intentionem A. à N. fundatam opponentes affirmatiuam exceptionem præscriptionis scilicet, eam probare tenentur: quū quilibet teneatur probare id, quod est fundamentum suæ intentionis, siue agendo, siue excipiendo. Et si probarint præscriptionem, vel de ea constaret, tamen huiusmodi præscriptio non extenderetur, nisi præcise ad hos agros, de quibus cum eis vsi fuerunt pro earum & monasterii vtilitate, solum soluerūt tempore ad legitimam præscriptionem requisito, dimidiam partem decimarum, & non alios: Licet etiam eis vterētur ad suam & monasterii vtilitatē. Quia quantum possessum, & quasi possessum, tantum præscriptum, & non plus. l. 1. §. Iulianus; vbi dicitur: Iulianus quoadusq; ingressus est fundum, eo usq; ei competere interdictum, verū est, & exponit ibi gl. quoadusq;, id est, ad quem locum in fundo. &c. ff. de itine. actuq; priua.

THEMA CONSILII XXX.

De pœna Sortilegii, siue Diuinationis.

SVMMARIA.

1 *Coertitio Sortilegii spectat ad Episcopum.*
2 *Sortilegii crimen vtroq; iure damnatum, per iudicem ecclesiasticum & ciuilem potest puniri.*
3 *Quod non sit standum diuinationibus, & quod non faciant iudicium.*
4 *Clericus diuinator debet deponi.*
5 *Carcer non est deputatus ad pœnam, sed custodiam, de iure ciuili, secus de iure Canonico.*

CONSILIVM XXX.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quidam Parochus in iurisdictione illustris Principis N. Præpositi cathedra. Eccle. N. cum propter famam de sortilegio, contra illum ortam, esset inquisitus, libere est confessus, se quibusdam eum consulentibus, per cribrum versatile rerum ablatarum auctores monstrasse. Item quibusdam characteribus schedæ inscriptis, liberasse infantes à morbo, & similia diuinationis genera exercuisse, &c. Quæritur, quomodo puniri possit, vel debeat, pro tali crimine sortilegii, per præfatum illustrē Principem, & præpositum, tanquam iudicem Ecclesiasticum. Et respōdetur, quod quamuis de rigore iuris ciuilis pœna eius criminis sit capitalis, tamen præfatum principem, vt Ecclesiasticum iudicem, non posse infligere illam pœnam, sed posse prædictum Parochum ab officio deponere, & etiam pro qualitate criminis, quum sit enorme, ad tempus, vel perpetuum carceribus mancipare & detinere.

Et quod prædicta sint iuri consona, est sine omni dubio. Et † primo est clarum, quod cohertio huius delicti 1
sortilegii, siue diuinationis, quū directo huiusmodi crimen fiat contra diuinā Maiestatem, quia tribuitur creaturæ, quod est solius Creatoris, vt scire occulta, prædicere futura, &c. spectat ad Episcopum loci, *cap. 1. contra idolorum. & not. sex. in cap. Episcopi, in princ. 26. quæst. 5.* Et † licet sit 2
crimen Canonicum, tamen iudex secularis potest etiam se de eo intromittere, quum non sit mere Canonicum, quia vtroq; iure hoc crimen damnatum est. De iure Canonico, vt in c. 1. & 2. & 3. de sortilegiis, *16. q. 5. per totum, vbi sunt optimi textus de iure ciuili, vt in toto tit. de malef. & mathema.* Et ideo In puniendo tale crimen locus est præuentioni. Et multo acrius punitur de iure ciuili, quam de iure Canonico, vt patet per text. in l. nemo, vbi inter cætera dicit textus: Sileat omnibus perpetuo diuinandi curiositas. Etenim supplicio capitis ferietur, gladio vltore prostratus, quicunque nostris iussis obsequium denegauerit, *& ibi nota gloss. in verbo, Capitis. l. nullus. l. & si accepta, & per totum nigrum. in d. titul. C de malefi. & mathema.* l. Item apud Labeonem. §. si quis astrologus, vbi dicit Iureconsultus: Si quis astrologus, vel qui aliquam illicitam diuinationem pollicetur, consultus aliquem furem dixisset, qui non erat, iniuriarum cum eo agi non potest, sed constitutiones eos tenent. Et exponit ibi glossa, in verbo, Constitutiones, dicens, vltore gladio percutiendos; *vt C. de Mathemat. l. nemo habet. ff. de iniuriis.* & etiam bonus textus in l. 2. C. de pagan. & sacr. &c. vbi dicitur: Ne quis mortalium ita faciendi sacrificium sumat audaciam, vt inspectione iecoris extorumque præsagio vanæ spem promissionis accipiat. Per quas leges iam datur intelligi, quid velit gloss. in d. l. nemo, in verbo, Capitis, in fi. dum dicit: Quod si quis dixerit furem in diui-

in diuinando, non teneatur iniuriarum, quia actius tenetur, *vt patet per d. §. si quis astrologus, & d. l. 2. allegata in d. gloss.* Et dicit Ang. Petu. in d. §. si quis astrologus, quod ibi sit Casus, quod istis diuinationibus non sit standum. Nam
3 † si hæ diuinationes illicitæ sunt, non probant, neque iudicium faciunt ad torturam. Subiungens: Caueant igitur iudices, quod non errent, moti ex prædictis diuinationibus.
4 Sed † de iure Canonico expeditum est, quod Clericus quicunque, etiam presbyter, non solum sortilegus, diuinator vel incantator, sed etiam tales tantummodo consulens, omnino ab Ecclesia proiici, & ita ab officiis deponi debent. Quod etiam habet locũ in laicis, quod ab Ecclesia debent remoueri. *c. non oportet. cap. si quis episcopus. c. aliquanti, cum aliis. 15. quæst. 5.* Et huiusmodi sortilegia pro furtis inueniendis singulariter prohibentur. *text. in c. 1. & 2. de sortilegiis.*

Et licet in d. c. 2. imponatur pœna suspensionis, scilicet per Bannum, & amplius, si visum fuerit, ab Altaris ministerio, presbytero, qui per inspectionem Astrolabii, furtum cuiusdam Ecclesiæ inquirit; tamen istud Capitulum solum loquitur ex dispositione, quando presbyter bono zelo per simplicitatẽ, amore scilicet Ecclesiæ deliquit. Ideo Papa mandat ipsum post tempus restitui. Secus est de iure communi, quo scilicet debet manere priuatus, vt pulchre declarat ibi glos. fin. & sequuntur Can. dicentes, quod pœna istius capit. non sit ordinaria illius delicti. Prætereà † clari iuris est, quod licet regulariter carcer non sit deputatus ad pœnam, sed solum ad custodiam. l. 1. & l. vlt. vbi dicit textus: De his, quos tenet carcer inclusos, id aperta diffinitione sancimus, vt aut conuictos velox pœna subducat, aut liberatos custodia diuturna non maceret. & d. l. 1. in princ. inquit: In quacunque causa reo exhibito, siue accusator existat, siue cum publica solicitudinis cura perduxerit, statim quæstio fieri debet, vt noxius puniatur, innocens absoluatur. *l. aut damna. §. solent. vbi est notab. §. licet vulgatus.* Tamen de iure Canonico Iudex Ecclesiasticus clericos suæ iurisdictioni subiectos, de criminibus confessos, seu conuictos, eorũ excessib. & personis, cæterisq; circumstantiis prouida deliberatione pensatis, in perpetuum, vel ad tẽpus prout viderit expedire, carceri mancipare, ad pœnitentiam peragendam, poterit. c. quamuis, de pœnis in 6. & dicit ibi gl. in verbo, Tibi, quam ibi sequuntur Canonistæ. quod ille tex. non solum intelligatur in Episcopo, sed etiam in quocunque, qui iurisdictioni præest, *allegans ad hoc etiam bonum tex. in c. si clericus, cum gl. ibi, in verb. Tua iurisdictione, de sent. excommu. in 6.* Imo etiam aliquando de iure ciuili quis damnatur ad carcerem pœnæ, imo ad vincula, quod est durius, vt est casus in l. senatusconsulto, scilicet quando quis deferret imaginem Imperatoris, ad iniuriam vel inuidiam alterius, &c. ff. de iniuriis. Licet in contrarium sit regula, &c.

THEMA CONSILII XXXI.

V. K. concessit in feudum T. V. quædã bona pro censu, inuestiendo ipsum, scilicet naturã talium bonorũ, tali clausula adiecta in literis inuestituræ; Quod semper in casibus, quib. renouatione inuestituræ opus sit, velit cõcedere & renouare inuestiturã, sine numeratione pecuniæ. Mortuo iam cõcedente T. V. intra annum petiit renouationem inuestituræ ab hæredibus V. K. qui noluerunt cõcedere, & renouare absq; numeratione pecuniæ. Quæritur, vtrũ quum in literis inuestituræ nõ sit facta expressa mentio hæredum concedentis, ipsi, vigore inuestituræ fuerint obstricti sine numeratione pecuniæ, renouare inuestituram, & vtrum T. V. non numerãdo intra annũ, & obtinẽdo inuestituram, feudum amittat. Et respondetur, quod non.

Secundo quæritur, quum T. V. acceperit prædicta bona in feudum, pro censu, pro se, filiis, & filiabus, & decesserit, nullo filio, nec filia relicta, sed vxore, Vtrum vxor possit petere talia bona, vigore consuetudinis allegatæ. Et deciditur, quod non.

Tertio quæritur, vtrum pendente lite super tali feudo, possit occupari possessio. Et deciditur, quod non.

SVMMARIA.

1 *Tenor inuestituræ diligenter attendendus, quia derogat naturæ & iuri feudorum.*
2 *Præsumitur quis sibi & suis hæredibus prospicere.*
3 *Quid requiratur ad probationem consuetudinis.*
4 *Quantum possessum, tantum præscriptum.*
5 *Pendente lite non debet quis priuari possessione, nec vsus interdici.*

CONSILIVM XXXI.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quod in præsenti casu, stante scilicet contingentia facti in veritate, prædicta responsio siue decisio, in omnibus eius partibus sit vera, & in iure fundata, breuiter ostenditur. Nam primæ & secundæ partis veritas patet per regulam, quæ habet; † Quod semper est diligenter attendendus tenor inuestiturę, qui tenor etiam derogat naturæ & iuri feudorum. *c. 1. in fi. ibi, propter tenorem inuestituræ, & ibi Bald. & feud. in titul. de duob. fratrib. à cap. inuesti. &c.* Per pactum enim potest recedi à propriã natura feudi. Licet enim feudum de sua natura nõ sit alienabile. *c. 1. cum simil. in tit. qui contra consu. Lotharii.* Et tamen ibi per pactũ feudum potest fieri alienabile: Eiusmodi enim pactio non est à iure prohibita, si fiat cum licentia domini, imo est permissa. *cap. 1. in tit. de prohibita alie. feudi, per Lothar. in cap. 1. in tit. de prohib. alien. per Frede.* Quare per pactum potest natura feudi alterari. *l. pacisci, cum ibi notatis. ff. de pactis.* Ideo per pactum, vt patet ex præsenti inuestitura, ibi scilicet, Vnd so offt das zu schulden kompt/ an Silber vnd Golt/ꝛc. natura huius feudi censualis alterari & mutari potuit, scilicet vt V. à K. & filii sui hæredes inuestirent Dietzen V. seniorem, filios & filias eius de tali feudo, quoties opus fuerit, sine auro & argento, & ita absq; pecunia, contra naturã talis feudi. Et licet in literis inuestituræ filiorum hæredum V. à K. non fuerit facta mentio, tamen Dietz V. intelligitur acquisiuisse illud feudum, pro se, filiis, & filiabus eius, vt scilicet inuestirentur de eo, sine auro & argẽto, & dominus feudi ita etiam simpliciter se obligando de inuestiendo sine auro & argento, filios & filias ipsius Dietzen, dicitur etiã hæredes eius adhoc obligasse, vt probatur per text. ad liter. in d. c. 1. ibi scilicet, † Vnusquisq; enim sibi & suis hæredibus videtur prospexisse, in tit. de duob. fratrib. à cap. inuesti. l. si pactum, vbi dicitur; Quod creditor faciendo pactum de non petendo à debitore, nulla facta mentione de hærede debitoris, tamen non poterit etiam postea à debitoris hærede peti, quia plerunq; tam hæredib. nostris, quam nobismetipsis cauemus. ff. de probatio. Et sic est ibi casus, quod creditor simpliciter faciendo tale 2

pactum de nõ petendo, &c. nec creditor, nec hæres eius à debitore, vel eius hærede, petere potest, quamuis nulla fuerit facta mentio hæredis. Pactum enim præsumitur in rem factum, nisi probetur factum in personam. *d. l. si pactum l. iuris gentium. § pactum. & §. verum. l. tale pactum, in princip. ff. de pactis. l. si necessarios. § penult. ff. de pigno actio.* Per quæ omnia iam primo claret, quod de prædicto feudo, quoties fuerit opus, inuestituram, nedum à Dietzen à K. sed etiam eius hæredibus, filiis masculis vel fœminis senioris Dietzen V. sine auro & argento fieri debere, & per consequens, quod Dietz iunior post mortem V. à K. petendo intra annum & diem ab eo inuestituram, non dicitur amisisse feudũ, ex quo voluit dari pecuniam pro inuestitura, quum per eum non steterit, sed per dominũ feudi, eum nolentem aliter inuestire.

Item & secundo patet ex tenore eiusdem inuestituræ, quod in casu prædicto, scilicet si soror iunioris D. cum filia fuerit seperata à sæpe tacto feudo, Tho. & D. V. nullos alios heredes, nec masculos, nec fœminas, descẽdentes, & ita nec filios, nec filias, nec nepotes, etiã post se reliquerit, quod tale feudum fuerit apertum L. à K. tanquam domino feudi, post mortem scilicet iunioris D. decedentis sine filiis & filiabus, & aliis descendentibus, cum feudum per mortem vasalli sine hærede capaci feudi, reuertitur ad dominum feudi, & sic vtile dominium consolidetur cum directo. *c. 1. de duobus fratrib. &c. c. 1. versic. His vero deficientibus, ibi. Imo reuertitur ad dominum, cum simil. de gra. succe. in feud.* Et quod quondam vxor iunioris D. non succedat in illo feudo, patet ex tenore inuestituræ solum canentis de filiis & filiabus D. V. non de vxore eius, nec filiorum suorum. Ergo. Et quod articulata consuetudo non sit probata per testes productos ab aduersa parte, deponentes scilicet: Es sey der gebrauch / oder also gebräuchlich & nihil aliud dicũt, quia testes q deponũt super cõsuetudinem, debent attestari factum, quod viderunt: Non autem debent attestari ius vel consuetudinem, quæ est ius non scriptum. *l. de quibus. ff. de legibus. §. ex non scripto. Instit. de iure nat. gent. & ciuil. cap. cum dilectus. de consuetu. secundum DD. quos refert Cynus in l. 2. quæ sit long. consuetu.*

3 Item † ad hoc, vt tales probent consuetudinem, est necesse quod disponant de vsu ipsius actus, cuius consuetudinem allegant. Et q deponat de frequentia actuum, & tẽporis diuturnitate, & tales actus fuisse factos, ita & taliter, quod appareat interuenisse tacitum consensum populi vel maioris partis, *secundum Cyn. in d. l. 2. in versic. sup. allegat. Guilitel. de Cuneo, & Bald. in d. l. de quibus, Alexand. de Imol. 187 incipiente: Visis attestationib. testium, &c. post princ. versicul. & primo casu, & pulchre per totum consilium, in 2. volum.* Item testes debent concordare in tanto tempore & actibus, alias tanquam singulares non probarent, *secundum probatos DD. cum con. ord. adductos per Alexan. de Imol. in d. consil. in 2. colum. versi. Quæ sicut requiritur.* Sed prædicti testes de prædictis, vt patet, nihil penitus specificando eas, & de ipsorum frequentia tempore ad inducendam consuetudinem de iure requisitorum, sicut tamen non deposuerunt, tamen si non etiam in specie: imo indiuiduo de talibus bonis feudalibus censualibus, &c. deposuissent, adhuc talis consuetudo non extenderetur ad nostrum casum; Cum iure certum sit, in præscriptionibus scilicet,

4 & consuetudinibus, † quod quantũ possessum, tantum præscriptum, & non plus. *l. 1. §. Iulianus ait, quoadusque*, cum glos. ibi, in verb. Quoadusque. Quod Bart. ibi, in §. si quis hoc interdicto, multum notat. ff. de itine. actuque priuat. referendo ibi, per d. §. cum glo. pulchres decisiones, per quem §. Bald. in l. fin. *(mihi, in 4. colum.) versic. vnde alias quaritur.* C. communia vtriusque iudi. eleganter inquit: Quod consuetudines restringuntur per actus, ex quibus inducuntur tum præscriptiones, vt proprios facti terminos non excedant, *allegat Bald. etiam Bartol. in l. post. dotem, vbi Bartol. (mihi, in 9. colum.) vers. Idem facit, & aliud porro quod in quantum maritus, vbi scilicet, quæ est a consuetudo, &c. ff. solu. matrimon. Sequitur & refert D. Ias. in d. l. de quibus, (mihi, in 7. col.) post prin. versic. nota diligenter.* Ex quibus omnibus iam inconuincibiliter prædictum feudum ad L. à K. tanquam dominum feudi per mortẽ D. V. iunioris, sine hæredibus ex corpore eius descẽdentibus prædicto scilicet casu deuolutum esse, & per cõsequens, Iudicem primæ instantiæ male pronunciasse, pro vxore quondam ipsius D. Vltima vero pars respõsionis est etiam clara, vt patet per rubr. & nig. vt lite pendente. Quod pro tanto

5 procedit, † quod pendente lite quis non debeat priuari possessione. Nec debet ei interdici vsus possess. vel quasi, etiam si illa possessio sit contra ius. *text. est not. in cap. 1. vt lite pend. & ibi Pan. in 3. not.* Lite pendente nihil est innouandum. *l. facult. C. de iur. fisci, lib. 16* Imo lite pendente, non est licitum supplicari principi, vt detur copia actorum, vel alicuius sententiæ. *l. c. C. vt lite pend.* Item etiam specialiter prouisum est, quod appellatione interposita, nihil nouari debeat, vt in rubr. & nigr. & sic in d. vol. ff. nil nouari appell. interpo. dicitur enim ibi in prin. d. l. vnicæ, ff. appell. interpo. siue etiam recepta sit, siue non, medio tempore nihil nouari oportet, &c. Et assignat ibi Iurecõsultus rationem, dicens: Siquidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est, si vero non est recepta, ne præiudicium fiat ei quoad deliberetur, vtrum appellatio recipienda sit, an non, subiungens: Recepta autem appellatione iamdiu nihil erit innouandum, quamdiu de appellatione erit pronunciatum. Ex quibus patet, quod L. à K. pendente lite & appellatione, non liceat aliquid nouare vel attentare, & per consequens, quod interim non possit de iure occupare possessionem prædicti feudi, des Hoses M.

THEMA CONSILII XXXII.

De interdicto recuperandæ possessionis, quatenus competat spoliato, & eius heredi.

SVMMARIA.

1 *Possessio continuatur in filium, siue suum heredem, sicut dominium.*
2 *Etiam viuo patre filius dicitur possidere.*
3 *Si statuto caueretur, possessionem defuncti ipso iure debere continuari in heredem, tamen heres ante apprehensionem possessionis non posset intentare remedium recuperandæ.*
4 *Possessio bonorum feudalium sine apprehensione trãsit in filium.*
5 *Agenti possessorio recuperandæ, non obstat exceptio dominii.*
6 *Violentus possessor tenetur restituere rem cum fructibus & tenetur de interitu.*
7 *Non præsumitur pro Iudice extraiudicialiter procedente.*
8 *Quis sit Iudex competens in iudicio possessorio recuperandæ.*

CASVS.

H. de H. propter seruitia exhibita Episc. H. accepit à sua dom. in feudum quędam bona nondũ aperta, seu vacantia: quæ tamẽ, mortuis postea possessoribus siue hæredib. masculis, sunt reuersa ad Episcop. H. Et ita vigore concessionis gratiosæ antea factæ H. de H. nactus est possessionem prædictorum bonorum, atque ea quiete & pacifice per biennium possedit: Et ita possessione sine aliqua causæ cognitione per S. de facto est spoliatus, de qua spoliatione cum esset cõquestus, exhibitis suis literis, & probata possessione, obtinuit decretum, per quod

denuo

denuo est immissus in possessionem. Et secundo prædictis bonis per aduersa. spoliatus. Quæritur nunc, quum ante obtentam restitutionem H. de H. supremum diem clauserit, vtrum filius eiusdem possit intentare interdictum recuperandæ, cum ipse non fuerit spoliatus, sed pater suus. Et respondetur, quod sic.

CONSILIVM XXXII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Pro euidentiori discussione præsentis consultationis, videtur prima facie dicendum, quod Chr. à H. non competat iudicium recuperandæ possessionis contra G. S. & alios, quia ad hoc, vt detur alicui huiusmodi iudicium, requiritur inter cætera quod agens fuerit in possessione rei immobilis, tempore spoliationis. *leg. 1. §. Interdictum autem hoc, & ibi bona gloss. ff. de vi & vi armat.* Sed Chr. tempore spoliationis factæ non dicitur possedisse dicta bona feudalia, sed H. à H. pater eius. Ergo sibi non videtur competere hoc iudicium recuperandæ possess. Minor est expressi iuris, quia alia est possessio defuncti, & alia possessio hæredis eius, vt patet per text. ad Brocam, in l. Cum hæredes, in princip. ff. de acquir. possess. vbi dicitur; Quod licet omnia iura hæreditaria, ipso iure per aditionem hæreditatis transeant in hæredem, possessio tamen sine naturali apprehensione non transit. Et est ratio, quia licet possessio sit ius, tamen per mortem possessio defuncti fuit extincta: & ideo necesse est, quod hæres iterum possessionem apprehendat, & erit noua possessio, & non vetus, quæ erat apud defunctum: secus est in aliis iuribus, & hoc vult d. l. Cum hæredes. in princip. cum suis suppletionibus necessariis. Et quæ sit ratio diuersitatis inter possessionem, & alia iura, ponunt ibi Legistæ. Sed tamen prædicta non obstant. Nam primo potest responderi, quod d. l. Cum hæredes, loquatur in hærede extraneo, & non suo, vt in filio vel nepote existente in potestate patris vel aui: Dicuntur enim filii tunc sui hæredes, & etiam nepotes, quando nemo eos in gradu præcedit. §. *Sui, Instit. de hæred. quali. & differ.* Et ita videtur probari per text. in l. Cum miles. ff. Ex quib. causis maio. in integ &c. secundum quod loquitur in filio, vbi dicitur,
1 † quod possessio defuncti continuetur in filium, siue suum hæredem, sicut dominium cõtinuatur de patre in filium. Et filius in vita patris dicitur quodammodo dominus rerum paternarum. *leg. In suis. ff. de lib. & posthum. & d. §. Sui.* Iuris enim fictione filius & pater, dicuntur vna, & eadem persona. *l. fin. Cod. de impub. & aliis substi.* Item vox patris dicitur vox filii, & econtra. §. *Et qui, insti. de inuti. stipulat.* Et quod filius etiam viuo patre videatur habere possessionem, aperte sentit glo. in d. §. Sui, in verbo, Aestimantur, *Allegat ad hoc l. 2. in fin. ff. Pro hærede, & gloss. in dict. l. In suis, in verbo, Quodammodo.* & aperte sentit Bar. *post Iac. de Aret. in dict. l. 2. §. fin. in prin. alias §. Filium,* quod quẽadmodũ filius in vita patris, dicitur quodammodo dominus: Ita quodammodo possidere absq; alia apprehensione. Idem tenet Bal. in Rep. d. l. In suis, & videtur optime probari per d. §. fin. ibi, viuo patre. Nam ibi habetur, quod titulus pro hærede, in filio siue suo hærede, non sit sufficiens ad vsucapiendum, licet secus sit in extraneo. Et quamuis glo. 2. ibi, in prin. assignet rationem diuersitatis, tamen illa ratio est satis obscura. Ideo Pau. de Cast. ibi, ponit claram rationem, dicens: Quod extraneus hæres ideo vsucapit titulo pro hærede, quia aditio hæreditatis est sufficiens causa acquirẽdi dominium, quod prius non erat in rebus quæ fuerant defuncti. Ergo similiter est sufficiens causa acquirẽdi quasi dominium, & vsucapiendi conditionem in rebus, quæ non fuerint defuncti, sed tamen bona fide per ipsum possidebantur. Sed in suis hæredibus ipsa suitas, vel immixtio non est causa acquirendi de nouo dominiũ earum rerum, quæ fuerant patris, sed continuandi: quia filius etiam patre viuente dicebatur quodãmodo dominus & possessor, sicut ipse pater, licet non plene, vt ibi latius per eum. Et sic etiam vult ibi clare Paul. de Cast. † quod etiam viuo patre fili- 2
us in potestate dicatur possidere, & quod in eum continuetur possessio, sicut dominium, vt est glo. not. in l. 2. communiter approbata, volẽs quod æstimum patris dicatur æstimum filii. C. Qui ætat. lib. 10. Et quamuis glo. in d. l. Cum miles, velit contrariũ, scilicet quod possess. non continuetur absque apprehensione in filium, *Idem tenet gloss. in effectu, in dict. l. Cum hæredes, in prin. Bartol. in dict. l. Cum miles, Bartol. & comm. Doct. in dict. l. Cum hæredes. per text. ibi, qui generaliter & indistincte loquitur, & l. 1. §. Si eius. ff. Si quis test. lib. esse iussus fuerit.* Et respondet ad d. l. Cum hæredes, q loquatur quantum ad vsucapionẽ inchoatam, id est, finaliter, cõplendam per hæredem. Imo si statuto loci cautũ esset, quod possessio defuncti, ipso iure cõtinuetur in hæredẽ, ac si esset apprehensa; † Tamen virtute huiusmodi pos- 3
sessionis hæres ante apprehensionem non posset intentare remedium recuperandæ possess. quod tamen posset, si vere antea habuisset possessionem, & ea spoliatus fuisset: Cum spoliatus ante omnia restituendus sit. *Ita dicit Alexan. de Imo. in d. l. In suis. D. Iason l. Si sorori. C. de iure deli.* Hinc etiam decidunt ibi, quod non obstante tali statuto, hæredi competat remedium possessorium adipiscendæ poss. *vt remedium l. 1. Cod. de edict. Diui Adri. toll.* Et remedium quorum bonorum, *& pulchre Paul. de Cast. in dict. l. Si sorori. in fine.* Tamen adhuc arbitror responsionem supra datã in terminis nostris, esse veram, scilicet, quod Chr. à H. detur remedium possessorium recuperandæ possessionis contra præfatos suos aduersarios, etiã dato quod opinio glo. in d. l. Cum miles, videlicet, quod possessio patris non continuetur in filium absq; apprehensione, quia adhuc vere essent glo. in d. §. Sui, & in d. l. In suis. Nec sunt contrariæ glo. in d. l. miles, quæ vult, quod possessio defuncti non continuetur in hæredem, quia contrarium non dicit præalleg. glo. sed bene volunt, quod filius, & sic suus hæres, etiam viuo patre, dicatur quodãmodo possidere, quod stat cum hoc, quod possessio defuncti patris non cõtinuetur in filium, quia alia est possessio defuncti, alia filii. Et hoc scilicet, quod sicut filius viuo patre dicitur quodammodo dominus rerum patris: Ita etiam quodammodo possessor, &c. *tenent expresse Ang. Raph. cum Alexa. de Imo. & D. Ias. in d. l. In suis, super gloss. in verbo, Quodammodo.* Item licet D. Ias. in d. l. Si sorori, alleget etiam Bald. tenere in Authen. Defuncto, in 3. quæ. C. ad Tertull. quod scilicet stante dicto statuto, tamen huiusmodi ficta possessio defuncti continuata in filium, non pariat possessorium recuperãdæ, cum pariat adipiscendæ. l. 1. C. Quorum bonorum, tamen Bald. ibi ne verbo quidem meminit illius statuti, sed simpliciter loquitur, quod possessio defuncti in filium continuata, non pariat possessionem recuperandæ. Item licet D. Ias. in d. l. Si sorori, allegat, idem tenere Ioan. Fab. in d. § Sui, tamen non solum hoc ibi non dicit, sed etiam contrarium per dict. gloss. in verbo, Aestimatur, ibi, ideo & possessione decidere videtur, ita enim inquit: Ideo videtur, quod si quis mortuo patre occuparet possessionem antequam filius adipiscatur realiter eandem, quod filius possit agere interdicto retinendæ vel recuperandæ, & se dicere semel fuisse possessorẽ, quãuis realiter non extiterit, subiungens: & hoc satis posset dici vbi morabatur cũ patre, & maxime quãdo negotia administrabat, & addens: & hoc nõ est nouum:

quia quandoque videmus possessionem continuari, *vt ff. de vsucapio. l. Cptam.* concludens: Et ita seruatur de consuetudine curiæ laicalis, &c. Item licet Bald. *in l. 1. in fin. vers. Quid ergo dices. C. de app.* dicat, quod filio spoliato ea possessione, quæ continuatur in ipsum, ipso iure ex patris successione agenti possessorio recuperandæ, obstet exceptio, quia ipse non videtur proprie spoliatus, sed non adipisci. Nam non est verum, quod existentia sui hæredis transferat possessionē ipso iure, nisi apprehendatur, *vt d. l. 1. §. Sceuola*, tamen Bald. ibi subiungit, quod tamen quidam dicunt, quod in suum hæredem statim quando animo se immiscet transit ciuilis possessio, quia nullum est medium inter mortem patris, & possessionem filii. Et secundum istud competeret filio interdictū Vnde vi. Et quamuis dicat, quod prima sit verior, tamen etiam expresse non reprobat secundam opinionem, scilicet quod cōpetat filio interdictum Vnde vi. Et illa videtur etiam æquior in fauorem filii propter cōmodum possessionis in odium spoliationis. Quam etiam tenet in effectu subtilis Ioa. Fab. in d. §. Sui, vt supra ostensum est, vt etiam in proposito nostro, si Ch. ab H. post mortem patris sui, & ante apprehensionem fuisset prædictis bonis feudalib. ab aduersariis suis spoliatus, competeret ei possessorium recuperandæ possessionis contra eosdem, cum & ipse per bienniū, vel circiter, cum patre suo, in eisdem bonis habitauerit, &c. vt patet post secundam spoliationem, fuerit, nedū pro se, sed pro hæredib. suis missus iterato pro executione iudicialis decreti in possessionē sæpe dictorum bonorum feudalium, cum & ipse dicitur spoliatus sua possessione, quod maxime procederet attenta qualitate illorum bonorum feudalium. Nam dato quod possessio defuncti non continuetur in hæredē, nisi secuta apprehensione, tamen hoc non haberet locum in
4 bonis feudalib. patris, † quia illorū possessio sine apprehensione transit ad filium, quia filius viuo patre intelligitur inuestitus, ac etiam possidere. *Ita inquit singulariter Bald. in leg. Cum antiquioribus, ubi in 7. colum. versic. de imo. sic licet possessio. Cod. de iure deliber. Refert & sequitur D. Ias. in leg. Quoties, post princ. 8. colum. versicul. Nota etiam, &c. quod dicit perpetuo notandum, & nunquam obliuiscendum. Cod. de rei vend.* Quanto magis in præsentiarum Ch. à H. datur possessorium recuperādæ aduersus aduersarios suos, spoliantes viuo adhuc patre suo Her. tāquam hæres eius ab Epis. H. & postea in specie de bonis feudalib. I. à B. ab Illustriss. Ducibus Brau. &c. fuerit inuestitus, & pater eius etiam ad commodum hæredum, & ita filii, fuerit denuo ex mandato Ducum in possessionem eorundem inductus, quia pater huiusmodi Iudicium recuperandæ, quod ipsi competebat, & sic quod sibi competebat, vt scilicet actionē in factum, quæ hodie cedit loco interdictorum vel remedium c. Sæpe, de restitu. spoliat. vel condictionem ex Canone reintegranda. 3. *qu. 1. ex l. Si colonus. Cod. de agri. censi. lib. 11.* contra spoliantes, vel eorundem hæredes ad quos illa bona in totum, vel pro parte deuenerunt, transmisit in filiū suum Chr. à H. cum eiuscemodi actio in factum remedio d. c. Sæpe. Item d. Ca. reintegranda. Item l. Si coloni, sint ciuilia, & ita perpetua. *l. Sicut. Cod. de præscri. 30. ann.* Et ita licet interdictum Vnde vi, sit annale, tamē illa Iudicia possessoria non sunt annalia, & non tantum contra spoliatos, sed eorum hæredes, cæterosq; successores, in quantum ad eos peruenit, dantur. l. 1. in prin. & §. fin. d. l. 1. vbi dicitur: Ex causa huiusmodi interdicti in hæredem & bonorum possessorem, cæterosq; successoros in feudum actio competit, in id quod ad eos peruenit. ff. de vi & vi armat. Ex quibus iam omnibus clare infertur, Chr. à H. competere iudiciū possessorium recuperandæ possessionis, cōtra aduersarios suos, ad omnia iura patris sui actiue & passiue, in eum tanquam hæredem & filium suum translata, *vt in Rubr. & Nig. Cod. vt actio ab hæred. & contra hæred. incipiat, & per totum de actioni. hæred.* Maxime cum filius sit iuris fictione eadem persona cum patre, cum huiusmodi actio in factum, vel condictio ex d. c. Sæpe, vel ex l. Si coloni sint mere ciuilia, & non pœnalia. Ergo, &c. Ex quibus plus sequitur, quod Chr. agenti possessorio recuperandæ possessionis contra prædictos aduersarios suos, vel eorum hæredes, quantum ad eos peruenerit, nō potest opponi exceptio dominii, vel quod præfata bona fuerint Brunf. & ita quod ab antiquo pertinuerint ad inuestituram Illustrium Ducum de Brunsch. & non ad Episcopum de H. Quia spoliatus † ante omnia est restituendus. 5
l. Si quis à se fundum. Cod. ad l. Iuliam, de vi publ. Etiamsi spoliatio fuerit facta, non interueniente violentia. *dict. c. Reintegranda, & dict. l. Si coloni, & ibi Bartol. & Canon. in d. c. Sæpe.* Quare exceptio proprietatis vel dominii, etiamsi quis offerat se eam incontinenti probaturum, non admittitur contra possessorem recuperandæ. *leg. Si de vi. ff. de Iudi. l. Ordinarii. Cod. de rei vend. & l. Si quis à se fundum, cum ibi nota. & cap. Ex conquestione, cum ibi nota. de restit. spoliat.* Quemadmodum enim est priuilegiatum interdictum vnde vi, ita etiam est priuilegiatum remedium Canonis reintegranda. 3. q. 1. & remedium d. l. Si coloni, siue interuenerit violentia, siue non, dummodo agens ceciderit à possessione, *secundum Innoc. in cap. Post electionem. in fin. de concessio. præbend. & in d. cap. Sæpe,* & ibi Ioan. de Ald. & Antho. de But. in c. Cum ad sedem, de restitut. spoliat. vbi dicunt, quod dicta remedia dantur contra possidentem, etiam cum titulo, eo quod agenti talibus remediis non obstet exceptio dominii, sicut nec obstat agenti interdicto vnde vi, *& est etiam de mente Bartol. in dict. l. Si coloni. Panorm. in dict. c. Si diligenti, de præscript. & dicit Alexand. de Imol. in Conf. 77. incipien. Clarissime Doctor, & iustissime Domine Vicarie.* Imo contra Iudicem iniuste spoliātem quem, potest agi possessorio recuperandæ possessionis, sicut contra priuatum, *text. est menti tenendus ibi secundum Panorm. in vltimo not. in cap. Conquerente, de restitu. spoli. & probat per text. in l. Meminerint. Cod. Vnde vi. & in l. fin. Cod. Si per vim, vel alio modo.* Et † violentus possessor tenetur restituere nedum rem, sed etiam omnes fructus 6
quos percepit, & quos verus possessor percipere poterat. *l. Si de possessione, & ibi Legista. Cod. Vnde vi.* Imo tenetur de interitu rei, etiamsi eodem modo fuisset interitura penes possessorem, *secundum glo. not. in leg. Si de possessione, in verbo, Potuit, per Iura in ea allegata, quam sequitur ibi Bartol. & Docto. Et est etiam text. in leg. penultim. & in leg. Si vi. ff. de vi & vi arm. per gloss. in l. Si de possessione.* Et quod talis violentus possessor teneatur ad omnes fructus, est etiam text. clarus de iure Canonico, in c. Grauis, de rest. spoli. & indubitatum est, possessorem malæ fidei, etiamsi non fuerit violentus possessor, teneri ad restitutionem fructuum perceptorum, tam ante quam post litem contestatam, *secundum gloss. & omnes DD. in d. cap. Grauis.* sed etiam de percipiendis, licet non fuerit violentus. quamuis glo. in dict. c. Grauis, in hoc velit contrarium. Nam glo. ibi communiter in hoc reprobatur, *vt pulchre declarat Panorm. ibi ad fin. 3. colum. versic. Nunc venio ad secundum, cum princ. seq.* Nec huic obstat c. Præsentium, cum sua glo. nor. in verbo, In alium, alias est fin. vbi dicitur, & semper ad hoc allegatur. scilicet quod spoliatus à Iudice, non possit petere restitutionem. Nam hoc procedit, quando Iudex processerit iudicialiter, quia tunc pro suo processu præsumitur: Secus † quando extraiudicialiter processit, quia tunc pro 7
eo non præsumitur, & ideo contra eum agi potest Iudicio possessorio recuperandæ possessionis, sicut contra priuatum,

priuatum, *secundum Godofredum, Ioan. Andr. & communiter Doct. & in dict. cap. Conquerente, & pulchre ibi Panorm. in 2. colu. ver. Sed contra hoc est tex.* Ex quibus etiam iam patet, quod Illustrissimus Princeps Dux E. non potuisset ordine iuris prætermisso, & sine causæ cognitione, spoliare H. à H. nec eius filium possessione dictorum bonorum feudalium. Et quod si spoliasset, quod Chr. competeret contra suam Illustrem dominat. remedium possessorium recuperandæ possessionis. Et per prædicta omnia patet, etiam responsionem supra datam fore & esse veram, videlicet, quod Chr. à H. possit agere huiusmodi Iudicio possessorio recuperandæ possessionis, contra sæpe tactos suos aduersarios, vt scilicet sibi restituatur possessio sæpe tactorum bonorum feudalium, cum omnibus fructibus perceptis, percipiendis. Et quod hoc iudicio agenti non obstet exceptio dominii, vel quod illa bona feudalia fuerint ab antiquo Braunf. Et quia, vt patet, maxime vtile est in præsenti casu ipsi Chr. à H. intentare remediū possessorium recuperandæ possessionis, propter scilicet priuilegia istius Iudicii, scilicet, quod spoliatus ante omnia
3 sit restituendus: † Ideo voluit hoc bene discurrere & ostendere, quod ipsi competat hoc Iudicium possessoriū, & facta restitutione de prædictis bonis feudalibus, Illustrissimus princeps Dux E. de B. obstrictus est inuestire de sæpe tactis bonis feudalib. Chr. à H. cum prius fuerit patri suo, & sibi facta inuestitura, ab Episc. H. tanquā dominis feudi tunc temporis. Ideo Dux tanquam successor non potest illam inuestituram retractare, nec liberatur, etiamsi velit Chr. à H. præstare interesse. *cap. Si facta, cum ibi notatis, in titul. Si de feud. fue. content. inter dominum & agna. vasalli.* Et hoc est sine dubio, ideo non est opus multis allegatio. nisi Dux, modo dominus feudi prætenderet se habere iustas & rationabiles causas, propter quas recusaret, tamen ista causa, facta tamen prius restitutione, tanquam vertens inter dominum feudi, & vasallum super feudo, esset terminanda coram Paribus Curiæ, vt in constitutione Imperial. *§. penultim. alias §. Præterea si inter. de prohib. feudi alien. cap. 1. in tit. Apud quem vel quos contr. de feudo, &c.* Vltimo est hic videndum, quis sit Iudex competens in isto Iudicio possessorio recuperandæ possessionis, intentando per Chr. à H. contra aduersarios suos detentatores dictorum bonorum feudalium; An scilicet dominus feudi, & sic Dux E. iuxta d. c. Præterea si inter, in 1. Responso, vbi est casus, quod dominus feudi est Iudex inter vasallos suos, simul litigantes de causa feudali. *cap. Cæterum, de iudiciis.* Et sic, an dispositio d. §. Non solum habeat locum in petitorio, sed etiam in possessorio; An vero, Iudex ordinarius Reorum. Et licet iste passus sit ambiguus, & sint opiniones Docto. super eo, tamen verior videtur opinio tenentium; Quod si quæstio sit possessoria super feudo inter vasallos, quod cognitio pertineat ad Pares Curiæ, vt pulchre per Panor. in d. c. Cæterum de Iudiciis, *mihi ad finem 5. col. vers. Sed circa prædicta quæro, cum sequenti, & probatur per c. Ex parte, de for. compe.* tamen de hoc hic non est insistendum multum; An dominus feudi sit Iudex in ista causa possessoria, vertente inter Chr. à H. & suos aduersarios; An Iudex ordinarius reorum, si alium habuerint, quam dominum feudi, & Ducem E. Braun. cum Chr. à H. sit ante omnia restituendus, per Iudicem adiudicando; Ergo, &c.

THEMA CONSILII XXXIII.

An, si dominus directus facit alicui gratiam de feudo nondum aperto, concedendo feudū ab aliis possessum, in casum quo contingat illos decedere sine hæred. feudalibus: & ante obitū primorum possessorū contingat quędam bona alienari: & dominus alienationi suū consensum præstet, poterit postea feudo aperto conueniri ratione concessionis factæ ad recuperan sū bona alienata, vel soluendum interesse. Et respondetur, quod sic.

SVMMARIA.

1 *Successor prælati Ecclesiastici tenetur ratam habere inuestituram à prædecessore factam, de feudo nondum aperto, si in vita concessoris fuerit apertum.*

2 *Duobus inuestitis de aliqua re, præfertur is cui tradita est possessio.*

CASVS.

Episco. N. concessit N. feudum gratiosum de bonis ab aliis possessis, sub conditione, si contingeret possessores decedere sine hæredibus masculis, & ita postquam contingeret feudum sibi aperiri, & viuentibus primis possessoribus quædam ex illis bonis feudalibus, cum cōsensu Episc. sunt alienata, cum pacto de reemēdo. Mortuis iam possessoribus feudi, viuente Episco. N. concessore feudi, quæritur, vtrum successor Episcopi teneatur habere ratam inuestituram abusiuam à præcessore factam, & inuestitos in possessionem bonorum feudalium mittere: & ita etiam bona post concessionem factam, cum consensu præcessoris, per possessores primos alienata, redimere, vel præstare interesse, &c. Et respondetur, quod sic.

CONSILIVM XXXIII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quod responsio, de qua in Themate supra posito, facta est mentio; iuri sit consona, breuibus ostenditur. Et primo est expeditum, quod licet si Episcopus, Abbas vel alius Prælatus Ecclesiæ inuestierit aliquem scilicet verbali, vel abusiua inuestitura de feudo, quod ab alio vasallo in feudum tenetur, sub conditione, si tale feudum apertum fuerit, & moritur antequam apertum fuerit, successor eius inuestituram prædecessoris sui adimplere non cogatur, tamen † si vasallus decesserit, & ita feudum apertum fuerit viuo adhuc Episcopo, vel alio, nedum ipse, sed etiam successor tenetur talem inuestituram adimplere: & ita illi cui prius fuit facta inuestitura verbalis tradere possessionem realem talium bonorum feudalium. *cap. 1. Qui success. tenen. cap. Moribus, & ibi Feudist. in tit. si de feud. fuer. contr. inter dominum & agna. vasal.* Et sic est in præsentiatū sine dubio; ex quo dictum feudum per mortem Ioan. de R. fuerit apertum Episcopo, Ioan. adhuc viuo, quod illa inuestitura sortita fuit effectum suum, sc. quod ipse vel successor tenentur eā adimplere; tradēdo sc. possessionem, nec ab illa traditione possessionis, & sic ab inuestitura propria liberatur dominus, volendo præstare interesse *text. est ad lit. in cap. Si facta. & ibi Doct. in dict. tit. si de feud. fue. controuers.* † Tamen nihilominus si dominus feudi inuestierit duos vel plures de eodem feudo, & secūdo inuestito prius fuerit tradita possessio, quod secūdo inuestitus præferatur primo inuestito in feudo: *& ita determinat gloss. not. in effectu in dict. c. Si facta. quam ibi Bald. & dd. approbant.* Cum ergo in præsentiarum post primam inuestituram factā de prędictis bonis feudalibus, Ioa. Ro. post eius mortem H. à H. & suis hæredibus, dominus feudi præfatus Episc. H. præstiterit consensum, quędā bona de huiusmodi bonis feudalibus ipsi Ioan. R. vasallo de vendendo, cum pacto de retrouendendo supra dictis emptoribus: Et venditor tradiderit eis etiam possessionem ex consensu domini feudi, domini

domini scilicet Episcopi, Ioan. ipse dicitur vendidisse, ex persona domini feudi: Et dominus feudi dicitur eis prius possessionem tradidisse. Et per consequens Episc. obstrictus est, vel eius successor, ad redimendum dicta bona feudalia ab emptoribus, & ad tradendum Ch. à H. vel saltem ad præstandum ei interesse, id est, verum valorem & æstimationem eorundẽ, per d. l. Quoties, vbi dominus tradens secundo venditori possessionem rei prius venditæ, tenetur primo emptori ad interesse. text. est in d. l. Quoties, quæ habet etiam locum in bonis feudalibus: quod etiam vltra prædicta tenet expresse Bald. in c. 2. de noua form. fide. vbi etiam inter cætera ait; Quod per solam inuestituram non habet vasallus ius in re, sed demum secuta traditione, *per d. l. Quotiens.* Et prædicta responsio in vtraque eius parte, patet etiam expresse: Quia regulariter dominus feudi nedum tenetur ad inuestiendum vasallum, & ita admittendum eum in possessionem bonorum feudalium: sed si ipse vasallus inuestitus fuerit, & postea feudum ab eo euincatur, dominus feudi tenetur ei de euictione, scilicet ad tãtundem eiusdem bonitatis, & quantitatis, vel ad precium conuertendum in tantundem. *cap. 1. in princip. in titul. de inuestit. de re alie. facta. & in c. 1. §. 1. in tit. Si de feud. vasal. fuer. interpel.* Si ergo Epis. H. inuestiuisset H. & filium eius Chr. à H. de dictis bonis feudalibus post mortem Ioa. à R. hoc est tradidisset eis possessionem corporalem eorundem, & ipsa fuerunt postea à patre, vel filio euicta, teneretur ipse, vel eius successor eis de euictione, ad interesse scilicet ad tantundem eiusdem bonitatis. Quanto magis tenetur iam Chr. tradere possessionem dictorum bonorum feudalium: & si non posset tradere, præstare interesse? &c.

THEMA CONSILII XXXIV.

CASVS.

Nobilis F. habens bona propria, voluit illa esse feudalia, & ideo recognouit illa libere, & voluntarie in feudum ab Episco. Ecclesiæ Cathedralis V. post cuius mortem filius eiusdem talem recognitionem, vna cum sorore ratificauit, & accepit prædicta bona in feudum, petendo inuestituram, quam obtinuit certis quibusdam clausulis & reseruationibus inuestituræ, ab Episco. insertis, quibus inter cætera hoc quoq; cõtinebatur, quod mortuo ipso sine hæredibus masculis, feudum deberet redire ad Ecclesiam. Postea illa bona feudalia vendidit A. de R. qui porro E. de V. emenda dedit, pro se; hæredibus & successoribus suis. Qui etiam obtinuit inuestituram ab Episcopo L. inuestitusq; est de illis bonis, prout A. de R. vendiderat, scilicet consuetudinem recti feudi, non tamen facta aliqua hæredũ mentione in inuestitura. Mortuo deinde Epis. L. Anno 1523. eiusdem successor C. eandem inuestituram renouauit, &c. Cum autem & emptor E. de V. supremum suum clausisset diem, filius eius legitimo tempore petiit renouationem inuestituræ, sed illã obtinere non potuit, cum per Episco. C. prætenderetur prædicta bona feudalia, mortuo iam primo possessore F. qui recognouerat illa bona in feudum, & eius filio sine hæredibus masculis, sibi vt domino feudi esse aperta, &c. Et eam ob rem etiam instituit ea à possessore vendicare. Vnde quæritur, vtrum prædicta bona censeantur aperta Episcopo, ita quod ea vendicare, & possessori inuestituram denegare iure potuerit. Et respondetur, quod nõ, vt ex sequent. Cons. patebit.

SVMMARIA.

1 *Feudum simpliciter receptum, intelligitur etiam receptum pro filiis.*
2 *In feudo cum sit beneficium, fit lata interpretatio, etiam contra concedentem.*
3 *Filius etiam viuo patre intelligitur de feudo inuestitus, & possidere.*
4 *Omnes dispositiones regulariter accipiunt interpretationem à consuetudine.*
5 *Feudum paternum dicitur à maioribus acquisitum.*
6 *Res ex pacto potest assumere nouam formam.*
7 *Exceptio doli & metus, respectu dolum vel metum passi, dicitur fauorabilis.*
8 *Ob reuerentiam personæ, loco exceptionis doli, exceptio in factum proponitur.*
9 *Paria sunt, certum per se, & certum per relationem ad aliud.*
10 *Argumentum ab absurdo in iure validum.*
11 *Beneficia principum, etiam in eorum præiudicium, latissime sũt interpretandã, sed non in præiudicium tertii.*
12 *Ignorantia in facto alieno præsumitur; & ignorans non dicitur consentire.*
13 *Illa significatio accipienda, quæ congruit subiectæ materiæ.*
14 *Verba sunt intelligenda ne quis indebite damnum patiatur.*
15 *Qualiter intelligatur consanguineus scire factum consanguinei, vel vicinus factum vicini.*
16 *Habetur pro disposito, quod contrahentes vel disponentes, si fuissent interrogati, verisimiliter disposuissent.*

CONSILIVM XXXIV.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Cum in casu præsentis consultationis alii domini consulentes, præsertim Dominus Doctor Ga. copiose consuluerunt pro valido E. à V. & contra Reuerendissimum Dominum Episcop. H. & Ducem Franconiæ deciderunt, vtar breuitate prius adducta & citata, non multum repetendo, sed eis inhærendo prædicta paucis ostendam. Et primo; quod prædictæ inuestituræ factę de Castro Kir. ab Episcopis H. tanquam dominis feudi, Erhar. à V. simpliciter sine speciuoca expressione, siue mentione filiorum vel hæredum suorum, intelligantur etiam factæ pro Eu. à V. filio Erhar. acquirentis, probatur nõ eundo per mendicata suffragia. Quia † clari iuris est, quod feudũ simpliciter receptum pro se, intelligatur etiam receptum pro suis filiis, licet in inuestitura nulla penitus fuerit facta mentio de hærede, *gloss. est not. & singularis, in cap. 1. in glo. 2. quam ibi sequuntur And. de Iser. & communiter Feudistæ, quam Bald. ibi dicit in corde tenendam, quia notabilis, in tit. Quibus modis feudum constit. potest. & allegat dict. l. Si pactum. ff. de probatio.* Et sic etiam feudum simpliciter receptum in dubio etiam intelligitur receptum pro filiis. Nam cum feudum sit beneficium. *cap. Beneficium. in tit. in quib. causis feudum amit.* & procedit à liberalitate concedentis, vt declarant Feudistæ in præiudiciis feudorum. Ideo fit lata interpretatio † in feudo etiam contra concedentem. *cap. Cum dilecti, de dona.* Quanto magis hoc procedit in terminis nostris, vbi Reuerendissimi Domini Episcopi H. non simpliciter inuestierunt Eust. à V. de prętacto Castro Kir. sed cum adiectione illa, zu rechtem Mannlehen / etc. de quorum verborum natura est, vt intelligãtur etiam de filiis acquirentis, seu recipientis feudum, pro tanto, quod mortuo patre acquirente filii in huiusmodi feudo succedant. *cap. 1. in tit. de feudi succe.* Quare Eu. à V. etiam viuo adhuc patre suo dicitur esse inuestitus in dicto Castro, ac etiam ipsum possedisse: † cum filius etiam viuo patre intelligatur inuestitus in feudo, & etiam possidere, pro tanto quod possessio in eo continuetur, sine alia inuestitura, *vt not. in cap. 1. de feudi cognitio.* Ita singulariter decidit Bald. in leg. Cum antiquioribus. *mihi in 7. column. versicul. decimo sic.* Cod. de iure deliber. Subiungens:

subiungens: adeo, quod viuo patre non deest filio ius, sed administratio. *Et illud dictum Bald. refert & sequitur Dom. Iason in leg. Quoties, mihi in 8. colum. versic. Nota etiam perpetue, & nunquam obliuiscaris, in antiqua impressura. Cod. de rei vind. Et idem sentit Bald. in cap. 1. tantum, ante finem penult. colum. versicul. Ego cogitabam in suo herede, in titul. Ae mutus vel als. imperf.* Quæ etiam in proposito confirmatur ex communi obseruantia, consuetudine & vsu, im Land zu Francken / † cum omnes dispositiones regulariter recipiant interpretationem à consuetudine, & solitis fieri. *l. Quod si nolit. §. Quia assidua. ff. de adil. edict. l. Si prius. §. Placuit, vbi bonus text. ff. de aqua pluui. arcen. Bartol. in d. l. Magistratus, ver. Item nota, quod officia. ff. ad municip. & est bonus text. in d. c. Cum M. Ferrariensis, & ibi Cano. de consti.* bene facit in præsentiarum singularis decisio Bal. in Addit. ad Specu. in tit. de locatio. quod licet locatio in Emphyteusin simpliciter facta sit per prælatum, tamen censetur facta in tertiam generationem, si ita est consuetum. Refert & sequitur Dominus Iason in leg. Certi condictio. §. Si nummos, *in 4. colum. versic. Imo fortius.* subiungens: Quod antiquam tradas obliuioni. ff. de rebus credi. Et sic patet sine omni scrupulo verum esse, quod inuestituræ factæ Erhardo à V. præsertim, cum appositum fuerit in tali inuestitura verbum, Zu rechtem Mannlehen / cum alias illud verbum esset sine omni effectu, quod esset absurdum dicere, quod intelligantur esse factæ pro filio suo Eu. Item & secundo, licet prædictum feudum Castri K. in personam Ar. P. & sororis eius Cath. fuerit paternum, quia à patre eorum B. F. acquisitum, & pro se & suis descendentibus tantum receptum. c. 1. versic. Paternum autem, vbi dicitur: Paternum autem voco, quicunque ex superioribus id acquisiuit, in tit. de nat. succe. in feud. Et ideo est † necesse ad hoc, vt dicatur feudum paternum, inter agnatos, quod fuerit acquisitum ab eo parente, qui fuit auctor agnationis communis, cap. 1. §. His vero. dum dicit ibi: Quod ita intelligendum est, si feudum sit paternum, hoc est, si fuit illius parentis, qui eius fuit agnationis communis, *in tit. de gradi. succe. in feud.* Tamen ex quo præfati Ar. & Ca. liberi B. F. recipientis tale feudum pro se & descendentibus eius, penitus refutauerint ipsum in manus Reuerendissimi Episcopi L. tanquam domini feudi, vt de tali feudo de nouo inuestiretur A. de V. ipsi fuerunt penitus exclusi ab isto feudo, & eius successione. Et sic fuit factum nouum feudum in persona ipsius A. à V. Ita aperte probatur per text. in c. 1. in fi. dum dicit: Omnino refutauerit, vel nisi ad hoc refutauerit, vt dominus eum quasi de nouo beneficio inuestiret, tunc enim sequuta inuestitura noua quasi nouum sit feudum, non succedit. Ita loquitur tex. ibi, vt patet etiam in vasallo refutante, vt agnatus eius de nouo inuestiatur, *in tit. de eo qui finem fecit agna.* Et de hoc est gl. vnica, ibi, Quid ergo erit. Aut refutauit, aut non, si refutauit, vel ad hoc refutauit, vt dominus eum de nouo inuestiret, *se ti. Imper. Lotha. Eu. Papa &c. quam gl. ibi multum notat Bal. Alua. & Alexan.* Et est ratio ibi secun. Feudistas, quia tale feudum in inuestitura noua, mediante ipsa refutatione, assumpsit sibi nouam formam substantialem, & est recessum à veteri forma. Et sic istud feudum, quod primo erat antiquum, nunc est effectum nouum. † Res enim potest ex pacto nouam formam assumere. *l. Si quis autem. ff. de acq. poss.* Et hoc est sine omni dubio, quando feudum est refutatum in manus domini feudi, vt alium inuestiret, *secun. not. per Bal. & Doct. in d. c. 1. in tit. de eo qui fi. fec. agnat.* Ex quibus iam patet, quod postquam Ar. F. & soror eius renunciauerunt sæpe prætactum feudum in manus Episcopi, domini scilicet feudi, vt inuestiret de eo penitus extraneum, A. scilicet de V. quod in eius persona fuit factum nouum feudum, sicut etiam nouum fuit factum in persona E. à V. per inuestituram sibi de eo de nouo ad refutationem A. factam. Quia vtroque casu per refutationem feudum fuit apertum Episcopu Ecclesiæ H. de quo quidem feudo, Ecclesiæ aperto, & ab eo solito inuestire, Episcopus licite potuit Er. à V. de nouo inuestire, etiam non obstante iuramento Episcopi, de non alienando res Ecclesiæ. *text. est nota. licet vulga. in c. Vt super, de rebus Eccle. non alienan.* Ex quibus omnibus iam euidenter sequitur, quod cum per dictam refutationem Ar. F. & eius sororis Ca. in manus Episcopi domini feudi, vt de eo inuestiret A. à V. quod omne eorum ius, & nō solum eorum, sed totius agnationis der F. ex quo nulli alii descendentes Bern. F. extiterunt in tali Castro, & feudum etiam eis viuentibus fuerit penitus extinctum, & nouam formam primo in persona V. & postea in persona Er. à V. positum, quoad successionem assumpserit, & per consequēs, quod dicta clausula in vltimis duabus inuestituris posita, non possit, nec valeat intelligi, vel interpretari de hæredibus descendentibus Ber. F. cum illi iam, vt adductum est, tempore secundæ inuestituræ, quantum ad successionem, propter sc. refutationem filii & filiæ eiusdem, & tempore tertiæ, etiā naturaliter mortui fuerint, & dictum feudum sit factum omnino nouum feudum, quia interuenit noua concessio in persona Er. à V. & in filio eius sit paternum feudum, cum fuerit acquisitum à superiore eius, E. patre suo, ideo prædicta clausula si aliquid operari deberet, necessario intelligeretur de descēdentibus ipsius Erh. à V. Ex quibus plus infertur, quod cum dictum feudum fuerit iure etiam successionis post mortem Erh. ad filium suum Eustach. à V. deuolutum, & in eius persona paternum sit, quod Reuerendissimus Episcopus H. Dominus feudi, fuerit obstrictus ad inuestiendū Eusta. ad eius petitionem infra annum & diē post mortem patris eius factam de huiusmodi feudo K. *§. Præterea si que, de prohib. feud. alie. per Freder.* cap. 1. in tit. Quo tempore miles inuesti. pet. debet. vbi vasallus miles habet Annum & Mensem, nec corrigitur per d. §. Præterea, licet sit posterior, vbi habet annum & diem, quia speciale est in milite fauore militiæ, *secundum gloss. in dict. cap. 1. in ver. & mensem. Et sequitur Iacob. de Beles. Nico. de Neapo. Bald. Aluar. & communiter omnes, Licet Andr. de Iser. videatur sentire contrarium, & male, secun. Aluar. ib.* per quæ iam constat Eustac. à V. habere fundatam intentionem de iure pro se, videlicet, quod Reuerendissimus Episcopus H. dominus feudi teneatur eum de sæpe nominato feudo Kirch inuestire, id est, inuestitutam patris sui pro se & hæredibus, vt supra ostensum est, renouare. Non obstante præfata clausula in literis inuestiturarū Erh. à V. patris sui in Christo defuncti, posita: cum petitio Domini Episc. virtute dictæ clausulæ, ope exceptionis doli mali, & in præsentiarū ope exceptionis, sc. in factum peremptoriæ oppositæ elidatur: per quæ quidem exceptio doli mali, instar exceptionis metus, dicitur inniti naturali æquitati. Et sic est inducta secundū naturalē æquitatem, ideo † huiusmodi 7 exceptiones metus vel doli, sunt fauorabiles, respectu metū vel dolum passi, licet sint odiosę, respectu metū vel dolum inferentis: Quare totus exceptionem metus vel doli, vt errore etiā iuris soluat, solutum repetere potest: Quia naturalis æquitas dictat; Quod si aliquid per dolū vel metū, à me extorques, debeas restimere ne detur materia delinquēdi. Nec obstat. l. Qui exceptionē, vbi si tutus exceptione Macedoniani soluat, nō repetit. ff. de cōdi. indeb. quia illa exceptio Macedo. est introducta cōtra naturalem æquitatem. Nam vtiq; naturalis ratio dictat, quod filiusfamilias mutuū receptum restituat. Et tamen

Scilicet

Senatusconsultum statuit contrarium, *per rationem positam in leg. 1. ff. ad Macedonia. Ita notanter declarat Bartol. & communiter Legistæ, & præsertim ibi Paul. de Cast. in leg. Cum te. in 1. colum. in versicul. in glo. ibi. Cod. de his quæ vi metusque causa fiu. Et valde not. Paul. de Cast. in d. l. Qui exceptione, in fin. versicul. vltimo, circa secundum Casum.* Et quod gestum, factum, & promissum per dolum possit rescindi per actionem de dolo: & si dolus dederit causam contractui bonæ fidei, contractus sit ipso iure nullus, est sine dubio, *vt patet per leg. & eleganter, & per totum ff. & C. de dolo.* Multo magis habet locum exceptio doli; Ita quod tutus exceptione doli, quæ est fauorabilis, ratione dolum passi, tanquam innitens naturali æquitati, potest petitionem vel actionem intentatam à dolum inferente ope exceptionis doli vel in
8 factum, in locum deficiẽtis exceptionis doli mali, † propter scilicet reuerentiam personæ, vt quia patronus, pater, vel dominus feudi, dolum inferentis, perimere, siue elidere. Nam cui datur Actio, fortius datur Exceptio. *leg. 1. §. 2. ff. de superfi. l. Creditori, ibi, Nam exceptio. Cod. de pactis.* l. Inuitus. §. 1. vbi dicitur: Cui damus actionem, eidem Exceptionem competere, multo magis quis dixerit. ff. de regul. iur. Licet aliud sit in denegatione. Nam quamuis alicui denegetur Actio, non tamen tollitur Exceptio. *l. Si mater. ff. de condict. indeb. leg. Paulus. ff. de exceptio. doli mali.* Et exceptio doli à prætore proposita est, ne cuius dolus per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem prosit. *leg. 1. versic. Ideo autem. ff. eodem titu.* Et ideo licet contractus stricti Iuris, in quo sit adhibitus dolus, valeat mero iure, tamen petitio doli mali exceptione submouetur. *l. Dolo. Cod. de inutil. stipul* Et quia, vt deductum est, quum sæpe nominata Clausula, in literis inuestiturarum E. à V. non possit intelligi, nec interpretari de descẽdẽtibus Bernh. F. sequitur quod Reuerendissimus Episcopus H. dominus feudi agendo, seu impetitionem suam intentando, virtute huiusmodi Clausulæ contra E. à V. conuincatur esse in dolo manifesto, licet tempore inuestiturarum non fuerit, nec fuisse præsumatur. Ita optime probatur per text. in leg. 2. §. Circa primam speciem. §. Si quis, vbi dicitur: Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio vtiq; doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, cum litem contestatetur, dolo facere, eòquòd perseueret ex ea stipulatione petere. & in §. Et generaliter, vbi inquit textus. Et generaliter sciendum est, in omnibus in factum actionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id quod quálibet exceptione elidi potest petit. Nam etsi intra inita nihil mali fecit, attamen nunc petendo facit dolose, & c. ff. eodem tit. de doli mali except. Quum ergò, vt ostensum est, sæpe prætacta Clausula in vltimis duabus inuestituris, & præsertim in tertia, nullo modo possit intelligi de descendentibus Bernhard. F. Et tamen Episcopus nunc virtute eiusdem, petat huiusmodi bona feudalia intentando scilicet ea, licet minus iustè, vendicare ab Eu. à. V. filio Bernhard. F. quamvis tempore inuestiturarum, in nullo dolo fuerit, tamen dolo facit & petit: Sequitur quod exceptio doli mali ei nocebit. Et ita quod sua petitio tali exceptione elidi possit, quum de eiuscemodi dolo ipso facto absque alia probatione, scilicet propter propositam vel intẽtatam petitionem eius constet, quum exceptione illa petitio elidibilis sit, videlicet quod dicta Clausula non patiatur intellectum Domini Episcopi, ideo ipse doli mali exceptione repellitur. Et sic præcisè sumus in terminis dictorum §. §. circa speciem, & §. Et generaliter, inducendo, quòd quando exceptio doli non nascitur à principio, sed ex post facto, quando scilicet quis potest aliqua exceptione repelli, tunc repellitur etiam exceptione doli, id est, illa exceptio doli concurrit cum quacunque exceptione, *secundum Bartol. & Docto. in leg. Qui se debere. ff. de condict. ob causam.* Hinc dicit textus in leg. Qui æquitate: Qui æquitate defensionis infringere Actionem potest doli exceptione, tutus est. Et exponit ibi gloss. Defensionis, id est exceptione aliqua tutus est. ff. eodem. Et sic in proposito in locum talis exceptionis doli mali, competit Eustachio exceptio in factum, contra Episcopum dominum feudi, ob reuerentiam personæ eius. *leg. Apud Celsum. §. Aduersus parentes. ff. de except. doli. l. si superstite, in fine, Cod. de dolo.* Quod autem sæpe nominata clausula, in duabus vltimis literis inuestiturarum, maxime in tertia, non possit intelligi de descendentibus Bernh. F. ex eo apparet. Primo, quod Episcopus L. Anno duodecimo, & successor suus, Episcop. C. Anno decimoquarto, inuestiuerunt E. à V. **zu rechtem Mannlehen** / de dicto Castro K. cum omnibus suis pertinentiis, in omni forma, & quemadmodum ipse emerit ab A. à V. vt expresse canunt literæ inuestiturarum. Sed E. emit tale Castrum, pro se & suis hæredibus, **Als mit diesen worten: Erhardten von N. sein Erben vnd Erbnemen / rc.** vt docet scriptura contractus venditionis, Ergo sequitur, quod E. à V. expresse pro se & suis hæredibus, ab ambobus Reuerendissimis Episcopis fuerit de tali Castro inuestitus, cum literæ inuestiturarum referant se expresse, & amplificatis verbis ad contractum, siue scripturam contractus venditionis.
Tenet consequentia, † quia patia sunt, certum per se, & 9
certum per relationem ad aliud. l. Vbi autem non apparet. §. Illud dubitationem, in fin. vbi dicitur: Sed qui vinum aut oleum, vel triticum, quod in horreo est stipulatur, certum stipulari intelligitur. ff. de verbor. obligat. l. Ait prætor. §. 1. vbi inquit Vlpian. Si iudex aliquem ita condemnet, vt quod habet ex Testamento, vel Codicillis Meuij, restitueret Titio. Sic accipiendum est, quasi quantitatem nominauerit, quæ Testamento relicta est. ff. de re iudica. *leg. Asse toto. ff. de heredi. instit. l. Hac venditio. §. Huiusmodi. ff. de contrahen. empti. & vendi.* Quæ enim sunt in termino, ad quem fit relatio, intelliguntur specificata in termino referente. *leg. Si defensor. §. Qui interrogatus. versic. Nisi forte ita. Et ibi expresse not. Bald. ff. de interrog. actio. Allegans ad hoc dict. l. In summa.* Termini enim referentis, & termini, ad quem fit relatio, eadem est potentia, & virtus. Et sic illud intelligitur includi in relatiuo, quod includitur in antecedente. *l. Si prior, & ibi Bald. ff. Solut. matrim.* Ideo sequitur inconuincibiliter, quod si sæpe prætacta clausula, præsertim in tertia inuestitura Moderni Episcopi, intelligeretur de descendentib. Bernh. F. infeudatio Et. à V. fuisset in effectu, vt claret, sine omni effectu, quod nequaquam est dicendum, cum verba in omni dispositione debeant intelligi, quod aliquid operentur. *l. 1. in fin. ff. Ad municip. l. Si quando in princip. ff. de leg. 1. l. Si stipulatus. ff. de verbo. obligat. l. Si quando. in prin. iun. glo. 1. C. de inoff. test.* Item sequeretur hic absurdum, imo contrarietas, siue repugnantia, scilicet quod dicta inuestitura esset facta E. & suis hæredibus, & quod non esset facta, & hæredibus suis, vel saltem sine effectu, quo nihil absurdius dici posset. Quare nequaquam iste intellectus, quem præsumit
Reuerendissimus, assumi potest: † quum validum sit ar- 10
gumentum per reductionem ad absurdum. *l. Si sic stipulatus fuero, & ibi Imol. & Moder. ff. de verbor. obligat. fa. it l. Scire oportet. §. Aliud. ff. de excus. tuto. l. Nam absurdum, cum similibus. ff. de bonis liber.* per quæ Iura Alexand. de Imo. in Conf. 125. *incip. Attentis verbis inuestituræ dicti magnifici, in fin. versic. dicitur.* in 5. volu-

in 5. volu. expresse dicit, quod in vnaquaque dispositio-
ne, etiam contrahentium, debeat fieri talis interpreta-
tio, quod non sequatur absurdum. Et bene facit, quod
vult Bart. in repet. l. Omnes populi, in 6. quæst. princip.
mihi in 20. colum. vers. Iuxta præmissa quæro, quid si in statuto. ff.
de iusti. & iur. vbi dicit; Quod si in dispositione repe-
riatur verbum, habens propriam vel impropriam signi-
ficationem, quod licet regulariter debeat assumi pro-
pria, & omitti impropria. *l. non aliter. ff. de legatis 3. l. 1. §. Si
is qui nomen. ff. de exercito.* Tamen hoc fallit secundum eum
ibi, & bene, si dispositio intelligendo eam secundum
propriam significationem, contineret iniquitatem seu
absurdum, quia tunc assumimus impropriam significa-
tionem. *l. In ambigua. ff. de legi.* Idem si dispositio continet
læsionem tertii, *secun. Anto. de Butr. in cap. Cum dilectus, & ibi
pulchre Ioan. de Imo. in prin. 3. colum. vers. Nota quod licet de con-
sue.* & loquuntur præfati Doct. in statu. vbi tamen verba
sunt stricte & improprie intelligenda: & tamen admit-
titur propria significatio, ad vitandam absurditatem, vel
læsionem tertii. Quanto magis hoc procedit in feudis seu
inuestituris, & sic in beneficiis? Nam etiam verba in Re-
scriptis Papæ, quæ tamen stricte interpretanda sunt, æ-
quitati conformare debemus, licet verba hoc non pa-
tiantur. *glo. est not. in cap. Paratus, & allegat inter cætera d. c. Cum
dilectus, 23. q. 1.* Hinc etiam Paul. de Cast. *in d. l. In ambigua,
per tex. ibi. quem legit cum l. Neque leges.* dicit; Quod si intel-
lectus legis est obscurus, ita quod possit intelligi multis
modis, in dubio non apparente vero intellectu, tunc si
vnus intellectus careat vitio, alter vero non, quia ex eo
sequeretur aliquod inconueniens, vel iniustum; quod
assumere debeamus illum qui caret vitio, licet verba le-
gis non patiantur, sicut etiam licet alias beneficium sum-
mi principis, Papæ scilicet vel Imperatoris, largissime
11 sit interpretandum. *l. fi. ff. de consti. prin.* † tamen si respiciant
præiudicium tertii, sint stricte intelligenda, *secundum glo.
1. ibi in vlt. parte l. in ea allega. Et bene facit l. Nec auus. C. de emanc.
libe. l. Cum filius, vbi text. not. cum similib. ff. de test. mili. & bonus tex.
de iure Cano. in c. Quamuis, de rescript. in 6.* Et ideo dicit Inn. sin-
gulariter in c. Cum dilecti, de dona. quod priuilegia prin-
cipum in eius præiudicium debeant latissime, in præiu-
dicium autem vel damnum tertii, strictissime interpre-
tari.

Et bene probatur etiam in c. Ex tuorum, in fi. dum di-
cit: Dummodo is ad quem Ecclesia pertinet, id permittat
de autorit. & vsu pal. Ex quibus omnibus clarissime in-
fertur, præfatum intellectum dictæ Clausulæ, quem Re-
uerendissimus prætendit, nullo modo posse procedere,
potissimum etiam, cum ita intelligendo E. & hæredes e-
ius, enormissime fuissent decepti, cũ ignorauerint Clau-
sulam positam in literis der Lehen machung B. F. sicut et-
12 iam ignorauerit A. a V. † Quæ ignorantia eorum tanquã
in facto alieno præsumitur. *l. fin. in fi. cum sim. ff. Pro suo.* Ideo
etiam E. à V. in huiusmodi intellectum non dicitur con-
sensisse: cum ignorans non dicatur consentire, per vulga.
Et ideo præfata Clausula, in vltimis duabus inuestituris,
& præsertim in vltima, necessario intelligenda est de de-
scendentibus E. à V. quod scilicet descendentib. ipsius o-
mnib. mortuis, feudum illud reuerteretur ad Episcopum
dominum feudi. Nec potest intelligi de descendentib.
B. F. cum tempore vltimæ inuestituræ fuerint mortui,
etiamsi verba prædicta per hoc impropriarentur, vt pa-
tet ex supra alleg. ad euitandam scilicet huiusmodi ab-
13 surditatem, & maximam læsionem. Item † semper acci-
pienda est illa significatio, quæ congruit subiectæ mate-
riæ. Sunt enim verba intelligenda secundum subiectam
materiam. *l. Si vno. in prin. & ibi Bart. & Bald. ff. Loca. l. Si stipul.
in prin. ff. de vsu. l. Damni infect. in prin. ff. de dam. infe. l. Si seruus
pluri. §. fin. ff. de leg 1.* Sed in proposito omnino videtur di-
cendũ, proprium intellectum d. Clausulæ esse, vt intel-
ligatur de descendentib. E. à V. propter sc. subiectam ma-
teriam, quia, vt ostensum est, ipse & sui hæredes fuerunt
simpliciter inuestiti de præfato Castro, in omni modo &
forma, quib. ipse emit à V. cui inuestituræ in effectu sal-
tem omnino repugnaret intellectus reuerendissimi, &c.
contra subiectam materiam infeudationis scilicet, pro se
& suis hæredibus, vt claret. Item maxime ipse E. & filius
eius, ex isto intellectu læderentur, & decepti fuissent. Er-
go, &c. Imo dato, quod d. Clausula non possit intelligi de
descendentibus E. à V. prout tamen secundum subiectã
materiam bene intelligi potest, & quod nihil penitus o-
peraretur, nec alicuius effectus fuisset, si non intelligere-
tur de descendentib. B. à F. tamen optimo iure dici pos-
set, quod non esset absurdum in terminis illis, sed quod
isto casu concedendum esset huiusmodi Clausulam o-
mnino nihil operari, & frustra appositam fuisse, quum a-
lias E. à V. & filius suus maximum & irrecuperabile da-
mnum indebite paterentur, & Eu. pati cogeretur. Ita pro-
batur per ea quæ vult gl. fin in fi. ibi. Quod si statutum, in
l. fin. in §. In computatione. C. de iure delib. quod licet
statutum simpliciter disponens, debeat tamen intelligi
secundum ius commune: Etiamsi ita intelligendo, nihil
addat iuri communi, & hoc quando alias quis indebite
damnum pateretur. *quam ibi Bar. & communiter Doct. sequun-
tur. Et pulchre D. Ias. post Bar ibi. Et allegat ad hoc duos bonos tex. sc. c.
Cum dilectus, &c. Ad audientiam. & vtrobique Antho. de But. & Io-
an. de Imo. de Cler. non resid.* Et per ista ponit ibi D. Ias. ante fi-
nem pulchram limitationem ad Regulam, quæ habet;
Quod statuta semper debent intelligi vt addant iuri cõ-
muni, ne alias sint frustratoria, *vt dicit Bald. in l. 2. ff. de vsu-
cap. & in l. 4. §. Prætor ait. ff. de damno infect.* Nam † illa Re- 14
gula procedit, nisi ita intelligendo quis indebite damnũ
pateretur, & ne ab Ecclesia per eius inuestituram deci-
peretur. Ecclesia enim cultrix & amatrix iustitiæ, nõ pa-
titur contra iustitiam aliquid fieri, in se vel in alterum,
Priuatus vero sæpe obuiat iustitiæ. *c. 1. §. Sed diuersum, in Tit.
de ali. feud.* alias Ecclesia H. fuisset cultrix & auctrix mani-
festæ iniustitiæ, ita circumueniendo Er. à V. & suos hæ-
redes, per insertionem sæpe præfatæ clausulæ, in literis
inuestiturarum, quum ipse ignorauerit Bernh. F. Lehen
machung / præsertim quum dicta clausula, tanquam ex
ignorantia facti alieni in dubio præsumitur. *d. l. fi. l. Qui
mulieris. ff. de reg iur.* Quod etiam procedit in coniunctis &
vicinis; qui in dubio præsumuntur ignorare facta vicini,
vel consanguinei. l. Quoniam sororem. C. de iure delib.
vbi soror præsumitur ignorare Testamentum fratris sui:
& non obstat l. Octaui. ff. Vnde cognati. Quia † verum 15
est, quod cõsanguineus præsumitur scire iura sanguinis,
& ætatem consanguinei. Ita præsumitur scire facta vicini,
quo ad mores vicini, & sic quæ oculos vicinorum latere
non possunt, vt puta mulierem viciniam esse publicam
meretricem; vel vicinum esse publicum lusorem vel
bibulum, vel rixosum. *Et ita debet intelligi d. l. Octaui. l. De tu-
tela. C. de resti. in integ. l. Si ita. §. fin. ff. de fundo instr. l. Filium,
cum simil. ff. de his qui sunt sui vel alie. iu. per no. per gl. in l. 1. C. de
collu. dete. Bart. Ang. & Mode. in d. l. Quoniam sororem.* Secus
est, secundum eos, in aliis, & his quæ facti sunt. *d. l. Quo-
niam. Et pulchre Alex. de Imo. in Cons. 71. incip. Videretur prima
consideratione dicendum, in fin. pen. colu. vers. Ipsa autem ignorantia,
cum prin. sequen. in 1. volum. &c.* Quum ergo E. à V. tempore
prætactarum inuestiturarum, ignorauerit tenorem der
Lehenmachung / Bernh. F. nullo modo præsumitur con-
sensisse in illum intellectũ prænominatæ Clausulæ, quem

Reuerendissimus, licet minus legitime conatur ex ea colligere: quum ignorans non consentiat, nec consentire possit. Igitur Dominus Episcopus suam intentionem ex huiusmodi intellectu fundare non potest, quum alias Episcopus fuisset in manifesto dolo, tempore inuestiturarum, circumueniendo sc. E. ignorantem tenorem der Lehen machung / quod nequaquam est præsumendum contra suam Reuerend. pat. quod etiam conuincitur ex eo. Nam si tempore dictarum Inuestiturarum, & maxime tertiæ, E. à V. fuisset interrogatus, an esset mens & animus suus, quod virtute prætactæ Clausulæ illud feudum per mortem omnium descendentium E. à F. reuerteretur ad Ecclesiam H. ipse verisimiliter, imo absque dubio respondisset, nullo modo. præsertim quum tempore tertiæ inuestituræ, huiusmodi descendentes mortui fuerint, alias ipse diceretur dilapidasse suam pecuniã & substantiã, & se & hæredes suos deliberate voluisse ad paupertatem deducere, quod non esset sani hominis. ideo nequaquam dici potest, quod ipse in talem intellectum consenserit. Quum ergo verisimiliter, & sine dubio, si interrogatus fuisset E. à V. an vellet dictam clausulam intelligi de descendentib. eius, vel Bernh. F. quod respondisset de suis. Ergo ille intellectus habetur pro expresso, per Regulam, quam tradit gl. fin. in si ibi. Item nota id esse de iure communiter approbatum, in l. Tale pactum. §. fi. ff.
16 de pactis, videlicet, † quod in omnibus dispositionibus & conuentionibus illud habetur pro disposito siue expresso, quod verisimiliter fuisset expressum, si contrahẽs vel disponens de hoc interrogatus fuisset. *bene facit l. Barbarius. vers. Sed & si sciuisset. ff. de off. præto.* Et etiam Episcop. potissimum L. quum sua paternitas ipsi E. certam pecuniam mutuauerit, vt emeret dictum Castrum K. pro se & suis hæredib. vnd Erbnemen / interrogatus de intellectu sæpe d. Clausulæ, ita respondisset. Ergo, &c Ex quib. iam liquet, quod E. non possit obstare, etiã si obiiceretur ei, quod omnes contractus & dispositiones recipiant legẽ ex conuentione partium *l. 1. §. Si conuenit. ff. deposi.* Et quod prædicta Clausula esset inserta inuestituris de consensu domini feudi, & E. &c. Quia, vt plus quam clare ostensum est, quod prædicta Clausula non potest habere illũ intellectum, quem prætendit Episcopus, nec E. à V. tanquam ignorans in eum consenserit, nec consentire potuerit. Ergo ei nullo modo obstare potest. Cum ergo ex iam adductis omnib. non solum satis, sed superflue etiã dictum & probatum sit, quod sæpe nominata Clausula non possit intelligi de descendentibus Bern. F. & tamen nihilominus Reuerendissimus suam prætensam impetitionem, virtute talis Clausulæ, intentauerit contra E. à V. quod eo ipso, salua sua R. P. dicitur esse in dolo, & per cõsequens, quod E. à V. contra suam paternitatem competat exceptio in factum, propter reuerentiam personæ, & domini feudi, in locum exceptionis doli mali: & quod vigore eius commodi exceptionis in factum peremptoriæ opposite, ad perimendam scilicet intentionem petitionis E. a V. ab huiusmodi impetitione definitiue absolui, & domino Episcopo propterea perpetuum silentium imponi debeat, &c.

THEMA CONSILII XXXV.

Promittens factum alienum in dubio, intelligitur promittere se effecturum & curaturum, quod tertius faciat. Et ideo tenet obligatio, sed promissor liberatur, si adhibet eam diligentiam quam potest. Item si terminus debiti fiat à creditore, vel creditrici, prorogatur, insciis fideiussoribus; Et postea effectu debitore principali non soluendo, ipsi amplius non possunt conueniri, &c.

SVMMARIA.

1 *Promissio facti alieni non valet, si verba præcise in personam tertii conferantur: Secus si in personam promissoris, vt quia promittit se curaturum & effecturum.*
2 *Verba stipulationis dubia debent interpretari, quod actus valeat; & non pereat.*
3 *Promittens impersonaliter, intelligitur promittere factum proprium.*
4 *Solennitas intrinseca præsumitur.*
5 *Promittens se curaturum vt tertius det, liberatur, si possibilem curam & diligentiam adhibet, etiam si sub pœna promissum sit.*
6 *Difficultas præstationis non impedit commissionem stipulationis.*
7 *Promittens soluere de bonis alienis. debet facere & curare, quod dominus bonorum consentiat, alias tenetur soluere de suo.*
8 *Prorogatio termini facta à creditore, quando liberet fideiussores.*
9 *In præiudicium tertii non datur prorogatio.*
10 *Quod etiam tacita prorogatio creditoris, quando scilicet post terminum non interpellat debitorem, prosit fideiussoribus.*

CONSILIVM XXXV.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter Implorato. In præsenti causa inter B. Actorem ex vna, & I. T. Reum, altera ex partibus, vertente, &c. Visis & mature ponderatis actis & actitatis ab vtraque parte adductis allegationibus; Quæritur, quæ sint partes Iudicis; An scilicet absoluendi, vel condemnandi Reum. Et videtur prima fronte, quod allegationes factæ pro Actore, sint fortiores, & per consequens, quod sententia pro eo sit ferenda. Quod vltra adducta videtur inconuincibiliter probari. Quia † licet promissio facti alieni, quando, 1
scilicet quis confert verba expresse in personã tertii extranei, quia Seius promittit, quod Titius tertius scilicet dabit vel faciet, vel non faciet, non valeat. *l. Inter stipulantem, in princ. cum similib. ff. de verb. oblig.* & tex. in d. l. Inter stipulantem, in princ. assignat rationem, quia tunc non geritur negocium solum inter stipulantem & promittentem, vt fieri debet, &c.

Et ideo isto casu promittens non tenetur etiam facere, vel curare vt ille tertius det, vel faciat, vel non faciat. Quia stipulatio peccat in forma, cum non sit negocium gestum inter stipulantem solum, & promissorem; Ergo: Tamen expeditum est, quod si promissor conferat verba ad suam personam, super facto alieno, vt quia promittit se facturum & curaturum, quod tertius dabit, vel faciet, talis promissio siue stipulatio valeat, quum promittat factum proprium, scilicet se facturum, & non factũ alienum. *§. Si quis alium. in 2. Responso. Instit. de inutil. stipula.* Sed
† quando verba stipulationis sunt dubia, semper debent intelligi & interpretari, quod Actus valeat, & non pereat. *l. Quotiens in stipulationibus. ff. de verb. oblig. c. Abbate Sancti Syluani. de verb. sign.* Ergo in proposito videtur, quod verba in literis nomine Actoris productis, inserta, ex quibus ipso nititur fundare suam intentionem, ita sonantia: Wund wie Hans vnd Moritz Tiseman / 2c. licet non sint clara & directo collata in personas H. & M. Tisem. sed impersonaliter prolata, scilicet, Dat die Summa gelts op te ergenanten tydt gütlich schal vernogen vnnd entrichtet werden debeant intelligi & interpretari, quod I. & M. promiserunt factum proprium, sc. se curaturos & facturos, quod prædicta summa 500. flo. soluatur in termino solutioni destinato, creditrici. Et hoc videtur aperte probari, nõ eundo per mẽdicata suffragia, per tex. ad lite. in d. l.

Inter

inter stipulantem, in prin. vers. Et qui respondet, vbi dicitur: Et qui respondet dolum malum abesse abfuturu[m]que esse, non simplex abuntinum spondet, sed curaturum se vt dolus malus absit. Et sic est ibi in d. vers. tex. ad Bro-
3 cam, † quod is qui impersonaliter promittit, dolum malum abesse, intelligitur promittere factum proprium, id est, se curaturum, &c. *Et probatur etiam in l. Stipulatio ista, in vers. Quatenus, in prin ff. eod. tit.* Et est sine dubio, quod stipulatio habere licere, vel dolum abesse, vel simile quid fieri simpliciter, siue impersonaliter facta, obligat promissorem, & hæredes suos *text. est in d. l. inter stipulantem, in prin. & in d. l. Stipulatio ista, in prin. & vtrobique Legistæ.* Et sic videtur omnino in terminis nostris dicendum, quod præallegata verba literarum prædictarum, ibi scilicet, **Und wie Hans und Mauritz/ &c. dat die vp die ergenanten summe sol entrichtet werden / sunder alles geuerde/ gelouet hebben/ &c** simpliciter siue impersonaliter prolata ostendant, quod H. & M. Ty. fratres promiserint factum propriu[m], scilicet se & hæredes suos curatores & facturos, quod sc. creditrici satisfaciat de prædicta summa 500. fl. quam mutuo dedit H. Ty. Et illud verbum, **Gelouet** / & sic verbum, Promisit, etiam in scriptura priuata simpliciter prolatum, intelligitur per stipulatione[m]. *§. Si scriptura. In-*
4 *sti. de inutil. stipula.* † Solennitas enim intrinseca præsumitur, quando verbum apte ad hoc profertur. *l. Sciendum. ff. de verb. oblig.* Et ideo si reperitur in scriptura aliquem fideiussisse, præsumitur per solenne stipulationem, quæ requiritur in fideiussore. *l. Blanditus. C. de fideiussorib. l. Quinta. §. Satis acceptio. ff. de verb. oblig.* Ex quibus omnibus iam breuiter videtur concludendum, quod Ioan. Ty. ex sua fideiussione & promissione proprij facti obligatus est ad soluendum sæpe tactam summam 500. flor. etiamsi principali debitori H. Ty. fuisset prorogatus terminus ad soluendum. Ex quo, vt apparet ex literis prædictis, non obligauerit se ad certum tempus, & sic non fuit terminus finiendæ obligationis, sed ad soluendum in termino. Quo quidem casu si creditor prorogauerit terminum debitori principali, etiam sine consensu & voluntate fideiussoris huiusmodi, tamen propterea non videtur liberatus fideiussor à sua obligatione. Nã etiam nulla facta prorogatione temporis, videtur teneri fideiussor post tẽpus, sicut Reus principalis. *Arg. c. Cum dilecti, de dolo & contu. l. Celsus ff. de arbi. Et ita distinguunt & decidunt Hostien. Ioan. de Imo. Panor. qui dicit, communiter Docto. ita tenere, in cap. Constitutus, de fideiussoribus, & per alia nomine Actoris, in suo vltimo producto, alleg.* Tamen prædictis omnibus, & aliis, non obstantibus, probabiliter in terminis nostris teneri, & dici non potest, quod Ioan. Ty. dato quod per prædicta verba constituerit se fideiussorem pro fratre suo H. Ty. ad soluendum scilicet in termino, quod tamen nihilominus absoluendus esset ab impetitione Actoris nomine vxoris suæ intentata: quia, vt ex adductis liquido patet, ex quo verba in eius personam non fuerint directo collata, sed simpliciter, siue impersonaliter prolata, solum videretur promisisse, se facturum siue curaturum, vt debitor soluat præfatam summam creditrici in termino, &c. prout etiam Actor met fatetur, & in 2. producto suo deduxit, quod per illa verba promiserit factum propriu[m],
5 scilicet se curaturum vel facturum. Sed † iuris est, quod promittens se curaturum vel facturum, & sic proprium factum, vt tertius det vel faciat, liberetur ab huiusmodi sua obligatione, si adhibuerit diligentiam, & curam sibi possibilem, vt ille tertius det vel faciat, & tamen hoc non potest facere vel curare. *Ita pulchre decidit Alexan. de Imol. in add. ad Bart. in l. Qui autem. §. Si quis ff de const. pecu. post Fede. de Senis, in Cons. 22. incipit: Maritus. quod etiam ressumit Antho. de Butr. in c. Gemma, de sponsal. & Bar. in Cons. suo incipit: Maritus promisit, &c.* Hinc concludunt communiter Canonistæ, in c. Gemma, & notat ibi Pan. quod licet promissio facti alieni valeat, quando est adiecta pœna. *d. l. Stipulatio ista. in princip.* quia tunc videtur promittere de se, ex quo permittit pœnam; tamen si promissor facti alieni sub pœna adhibuerit omnem diligentiam & curam sibi possibilẽ, vt ille tertius det, vel faciat, & tamen hoc obtinere non posset, quod excusetur à pœna. Difficultas enim excusat à pœna. *l. Si vebendam § Eiusdem iuris ff. ad l. Rhodiam de iactu. l. 2. §. 1. cum ibi notatis. ff. Si quis cautio.* Et facit glo. nor. in gloss. fin. in fi. in c. Significantibus, de offi. deleg. & ibi Panor. dicit, eam meliti tenendam, pro pœnis, quæ quotidie apponuntur in compromissis, vt si apponeretur super facto non descendente à potestate compromittentis, quod non committitur pœna. Et infert ad quæstionem: Quidam promisit sub pœna factum alienum, deinde laborauit quantum potuit, vt iste adimpleret promissionem suam, sed non potuit perficere, nunquid sit commissa pœna: & concludit, quod non, ex quo non deficit per istum. Et illam opinionem esse cõmunem, attestatur D. Ias. in d. l. Stipulatio ista; Licet ipse teneat ibi cõtrarium, de quo non est curandum, quum à communi opinione, iudicando & consulendo, nequaquam sit recedendum, per vulg. Cum ergo B. V. creditrix, nec in tempore, nec in termino solutioni destinato, nec post, cum debitor principalis adhuc fuerit idoneus ad soluendum, excusserit eum, & multis annis adhuc permanserit in Aluelt, & antea Ioan. Ty. ad soluendum non erat obstrictus tanquam fideiussor, ad soluendum, *Auth. præsente, & in corpore, vnde sumitur. C. de fideiuss.* Sed in effectu, vel saltem tacite prorogauerit ei tempus soluendi, iterum scilicet contrahẽdo cum eo: & Io. T. solum, vt ostensum est, etiam in casu prædicto, si se per sæpe dicta verba intelligeretur promisisse factum proprium, non censetur promisisse præcise se soluturum in termino, sed se facturum seu curaturum, quod principalis debitor H. T. solueret creditrici. Et sic in casu, quo debitor non solueret, ipse præstaret ei interesse, soluendo scilicet dictam summam, & facto ipsius creditricis, non scilicet conueniendo debitorem principalẽ, nec in termino, nec post, quum adhuc fuerit idoneus, euenerit iam quod H. T. nõ possit iam curare, nec efficere, adhibẽdo omnem curam & diligentiam sibi possibilem, quod debitor soluat creditrici, &c. Sequitur euidenter, ipsum ab huiusmodi obligatione liberari, cum solutio eius solum veniret vt interesse, quod sc. interesset creditricis, si principalis non solueret: cum etiam interesse à lege rationum inductum, qua cauetur, quod in obligatione faciendi succedat obligatio ad interesse, *text. in l. Stipulationes non diuiduntur. ver. Celsus. ff. de verb. oblig.* dicatur pœna legalis, *vt dicit Bartol. in l. Cum stipulatus sum mibi à Proculo. ff. eo. tit. Refert Ias. in l. Titia. vers. Istam distinctionem Bart. ff eo tit.* Multo magis interesse conuentionale, cum minus agatur cum lege, quam cum homine *l. Celsus, in prin & ibi gl. & Doct. ff. de arbitr.* Quæ potissimum, vt patet in prædicto casu, in proposito haberent locum, cum Ioa. Ty. non esset adhuc proprie fideiussor, cum non promisisset se præcise soluturum, sed curaturum, & facturum, vt debitor solueret. Et si non posset hoc facere, quod ipse solueret, scilicet loco interesse
ipsius creditricis. Et sic non obstat, si diceret, † quod dif- 6
ficultas præstationis non impediat commissionem stipulationis. *l. Continuus, §. Illud. ff. de verbo. oblig.* quia illud est verum, quo ad illud, quod in stipulatione principaliter deducitur, bene tamen impedit commissionem pœnæ, secundum verum intellectum, *secundum Fede. de Senis, in d.*

Consil. 122. & probatur secundum eum, in d. l. Si vehenda. §. Eiusdem iuris. & in d. l. 2. §. 1. Sed hic etiam in sæpe dicto casu Ioan. Ty. non præcise promisit, se soluturum, sed facturum vt principalis solueret. Ergo &c. Et pro confirmatione prædictorum, adduco decisionem Bald. in l. fin. *in vlt. col. vers. Modo formo tibi istam quæstionem.* Cod. de dotis promissi. vbi quærit Bald. Pone, quod frater ita dixit: Ego promitto tibi dotem de bonis sororis meæ in mille, quæ mille non possunt redigi, nisi ex venditione prædiorum sororis. Ipsa non vult vendere prædia, nec huic contractui consentire, & decidit ibi Bald. quod frater posset conueniri ex hac
7 promissione, & adducit, quia † ille qui promisit soluere, de bonis alterius debet facere, & curare quod ille consentiat, alias teneretur soluere de suo. *Argumento l. 3. §. fin. ff. de legat. 3.*

Quod & finaliter per hæc verba decidit, quod verum credo, quia debet implere, quod conuenerit, si præcise ipse promisit soluere, quod intelligitur cum effectu: & sic aperte sentit ibi Bal. Quod si frater non præcise promisisset soluere, sed se curaturum siue facturum, quod soror solueret, vel impersonaliter, quod solueretur, quod ipse non teneretur de suo soluere, nec posset ex hac conuentione conueniri, si non posset facere, vel curare, quod soror venderet prædia, & huic promissioni consentire, per quæ etiam patet intellectus, ad d. §. Illud, quod scilicet difficultas præstationis non impediat commissionem stipulationis, quantum scilicet ad illud, quod est præcise & principaliter in stipulatione deductum.

Ex quibus omnibus in præsenti casu manifeste infertur, quod cum propter notoriam paupertatem & profugationem H. T. principalis debitoris, nedum difficile, imo impossibile sit I. T. facere & curare, quod H. ipse soluat creditrici, quod quidem principaliter in hac promissione continetur, quod ipse valide & cum effectu ex sua promissione conueniri non posset, cum etiam impossibilitas præstationis impediat commissionem stipulationis, quantum ad id quod principaliter in ea deducitur. *in d. l. Continuus. §. Illud, & ibi Legista,* cum & alias impossibilium nulla sit obligatio. Et hoc videtur sine dubio, quando talis impossibilitas non inerat à principio stipulationis. Ex quibus constat etiam hic frustra disputandum, an per prorogationem termini factã à creditrice Reo principali, sine consensu & voluntate fideiussoris, qui obligauerit se ad soluendum in certo tempore, liberatus sit fideiussor ipse, cum Ioan. T. non præcise & principaliter obligauerit se ad soluendum in dicto termino creditrici debitoris principalis, sed quod principaliter diceretur in sæpe dicto casu promisisse, & sic se obligasse ad faciendum & curandum, quod debitor ipse solueret, & quod ipso non soluente ipse teneretur ad interesse, hoc est,
8 quod ipse solueret, † à qua quidem obligatione, vt ex superioribus ostensum est, liberatus fuit propter difficultatem superuenientem, antequam ipse à creditore fuerit monitus, siue interpellatus, vt curaret vt debitor principalis ipse solueret, & sic antequam fuerit in mora constitutus hoc faciendi siue curandi, imo si simpliciter fuisset datus fideiussor ad soluendum, & sic se obligasset soluere in termino, & esset terminus inchoandæ solutionis, siue exactionis, & non finiendæ obligationis, tamen adhuc per prorogationem factam à creditrice ipsi creditori principali, liberatus fuisset Ioa. T. *vt patet per ea quæ not. Spec. in tit. de fideiuss. §. 1. vers. Illud. & ibi Ioan. And. in addi. aperte. Ant. de But. in d. c. Constitutus, de fideiuss. & in c. 1 depos.*

Et per alia quæ copiose allegata sunt pro parte I. T. in suis productis, vbi etiam ostensum est, quod ista sit communis opinio, à qua nequaquam iudicãdo recedendum est, ideo superfluum est ea repetere, solum adduco latius quod dicit Felinus, in c. De causis, *in 3. col. vers. Limita tertio,* de off. deleg. vbi inquit, † quod in præiudicium tertij 9
prorogatio non detur. Subiungens: Pone, tu contrahis cum Sempronio, Ego fideiubeo pro eo: venit tempus, quod ille debet soluere, tu debitori prorogas tempus, vsque ad tempus Paschatis: postea finito tempore, vis exigere à me fideiussore, quia forte interim effectus est pauper, nõ potes, quia † imputatur tibi, qui prorogasti tem-
pus &c. Nec obstat I. T. quod creditrix expresse non pro- 10
rogauit terminum solutionis debitori, quia sufficit quod ista prorogatiua tacite fuerit facta, scilicet retinendo eũ post terminum solutionis pro debitore, vt pro parte Rei in actis deductum est: quia par virtus est taciti & expressi. *l. Cum quid. & quæ ibi not. Doct. ff. Si cert. peta. Et probatur in proposito, per tex. in l. Non recte. cum ibi not. C. de fideiuss.*

THEMA CONSILII XXXVI.

Donatio immensa, facta à patre, matre, auo, vel auia, per quã filij & filiæ, nepotes vel neptes fraudantur legitima, nõ valet, sed reuocatur vsque ad legitimam. Et statutum, permittens parentib. donare, & intelligitur secundũ dispositionem iuris communis, ne liberis in eorum legitima præiudicetur.

SVMMARSA.

1 *Nepotes vel neptes ex filio vel filia prædefunctis, succedunt auo vel auiæ in stirpes.*
2 *Pater, mater, auus vel auia, sine expressa ingratitudinis causa, non possunt auferre liberis vel nepotibus legitimam.*
3 *Quæ sit legitima liberorum.*
4 *Statutum non potest tollere legitimam liberis debitam, sed bene minuere.*
5 *Immensa donatio, per quam legitima liberorum minuitur, reuocatur.*
6 *Statutum debet intelligi, vt quanto minus fieri potest, tertio præiudicetur.*
7 *Per prouisionem statuti, in dubio, non intelligitur derogatum prouisioni iuris communis, nisi sit expressum.*
8 *Statuta debent intelligi, vt aliquid operentur, nisi ita intelligendo quis indebite damnum pateretur.*
9 *Omnis intellectus absurdus fugiendus est.*
10 *Verba prolata à statutu vel per. tu debent intelligi vel interpretari secundum quod intelligunt iurista, & non secundum quod loquuntur & intelligunt idiota, &c.*
11 *Argumentum à contrario sensu, quando habeat locum in statuto.*
12 *Mater dotans filiam post mortem patris, intelligitur dotem dedisse de bonis paternis.*
13 *Parentes in contractibus, vel aliis actibus inter viuos, appellando filium vel filiam hæredem, intelliguntur vltimam voluntatem in illum contulisse, & eum hæredem fecisse.*
14 *Omnia verba in contractibus posita, debent intelligi vt aliquid operentur, cum intelligantur posita vt aliquid operentur.*

CASVS.

G. mulier habens ex primo matrimonio filium Ioan. B. viuentem, mortuo viro transiuit ad secunda vota, & procreauit filiam ex secundo matrimonio: deinde mortuo & secundo marito, vidua existeos, filio ex primo matrimonio coniugem legitimo matrimonio prius dedit, postea & filiam ex secundo matrimonio, vna cum prænominato filio suo desponsauit cuidam Ioanni T. sub huiusmodi conditionibus & pactis. Nos N. N. Consules in B. fuimus coram, quod mulier G. relicta N. G. cum

cum Ioanne B. eius filio & curatore, manifeste confessi fuut, quod ipsi de consilio suorum amicorum promiserunt, G. eorum filiam & sororem date Ioanni T. in legitimam vxorem, eidemque Ioanni T. simul donare pro vna dote nomine G. mille marcas Bremenses, cum quibus prædicta G. debet esse diuisa ab omnibus donationibus & bonis suorum prĳparentum, exceptis bonis feudalibus, ex parte patris eius dicti N. quicquid prætactus Ioan. T. in illis ex parte G. iure poterit defendere, & quicquid ei in futuris temporibus etiam hæreditarie, & per mortem poterit obuenire, deberit ipsi retinere &c. Illis omnibus perfectis moritur dicta G. relinquens liberos, & ita nepotes viuentis G. Moritur etiã postea dictus Io. B. relinquens & ipse filios, & ita nepores dictæ G. auiæ communis superuiuentis, quæ postea omnia sua bona transtulit occulte in nepotes dicti filii sui Ioan. B. & eis eadem donauit, nepote & neptibus ex filia ignorãtibus, qui tamen, scilicet nepos & neptis ex filia, nullas causas ingratitudinis contra auiam commiserunt. Quæ donatio quam primum ad aures nepotum ex filia peruenit, eandem pro posse impugnauerunt vsque in hodiernum diem, & nullo modo admittere voluerunt: & ita lite pendente, auia communis diem clausit extremum. Iam orta est controuersia inter nepotes ex filio, & nepotes ex filia, in successione auiæ in bonis hæreditariis eius, videlicet, an dicti nepotes ex filio, virtute donationis eis facta ab auia eorum, solum retinere possint huiusmodi bona hæreditaria, exclusis nepotibus ex filia: vel econtra, nepotes ex filia soli succedant, exclusis nepotibus ex filio, ex vi clausulæ, in literis dotal. positæ, & quicquid ei in futuris temporibus etiam hæreditarie, & per matrem poterit aduenire, debent ipsæ habere & retinere, vel an saltem debeat æqualiter admitti, vel quid iuris sit in Themate proposito, &c.

CONSILIVM XXXVI.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. In præsenti consultatione, vt veritas magis clarere possit, præmittam aliqua. Primo est notan-
1 dum, † quod nepotes & neptes ex filio vel filia prædefunctis, in successione aui vel auiæ succedant in locum parentum suorum in stirpes, nulla differentia sexus. agnationis, vel cognationis habita. *Authen. de hæred. ab intest. venien. Auth. in successione. C. de suis & legit.*

2 Secundo † sancitum est, non licere penitus patri vel matri, auo vel auiæ, proauo, vel proauiæ, suum filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, vel exhæredes in suo Testamento facere, nec si per quamlibet donationem vel legatum, vel fideicommissum vel alium quemcunq; modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes in suo inseruerint Testamento, *in Authen. Vt cum de appell. cog. §. Aliud quoque capitulum, in princ. col. 9. Authen. Non licet, & ibi Legist. Doct. in Authen. Ex causa. Cod. de libe. præt. & exhær. glo. & Cano. in c. Quinta vallis, cum concor. de iureiur.*

3 Tertio, † quod legitima debita liberis in bonis maternis, vel paternis, aui vel auiæ, si sunt quatuor, vel pauciores filii vel filiæ: vel nepotes, vel neptes, ex eis, est tertia: si autem quinque, vel plures, dimidia tertia scilicet, vel dimidia eius portionis, quam fuissent habituri ab intestato. *Authen. de trien. & sem. col. 4. Authen. Nouissima, & ibi glo. 1. & 2. & copiose Doct. in multis locis. C. de inoffi. testam.*

4 Quarto, † quod est communis opinio, & vera, quod statutum non potest tollere legitimam liberis debitam, in totum, licet eam diminuere possit. *Bart. in l. Titium. §. Titio generi. ff. de condi. & demonstra. Dyn. Ioan. Andr. in cap. Indultum, de regul. iur. in 6. Ioan. Andr. in addit. Specula. in Rub. de success. ab intest. Albr. de Ros. in suo opere statutorum, quæst. 304. & in multis aliis quæstionibus. Bald. in Authent. Interdum & l. Cum lege. Cod. de Episcop. & Cler. in l. fin. §. Sin autem ad alienum, & in multis aliis locis. Cod. de bon. quæ libe. Leo. (?) in d. Authent. Nouissima, communiter Ce. in c. Raynutius, de testam. Late Alexand. de Imol. cum infinitis concordan. in Consil. 55. incipi. Viso tenulo quæstionis, mihi in 1. column. vers. Vt cum enim econtra, & in versicu. & cum illa. in 2. volum.* Istis præsuppositis respõdeo primo ad præsentem consultationem quod virtute prætacti statuti G. piæ memoriæ, non potuit nepotibus ex filio suo prædefuncto omnia bona sua donare, quia † huiusmodi donatio est immensa & officiosa, 5
ideo quantum ad legitimam nepotibus ex filia prædefuncta iure naturæ debita est, reuocando per querelam inofficiosæ donationis contra voluntatem etiam auiæ donatricis, cum donatio huiusmodi immensa, facta nepotibus ex filio, quantum ad legitimam, in effectu non valeat, sed reuocatur vsque ad eam. *l. Titio Seio §. Imperator. ff de legat. 1. l. 1. 2, & l. Si liqueat, vbi optimus tex. Cod. de inoffi. testam. Authent. de mini dona, §. 1. coll. 9. Authen. Vnde si parens. Cod. de inoffic. testament. Late Barto. Bald. & Doct. in locis præallegatis*, nec statutum potuit eis tollere legitimam, etiamsi statuto caueretur, vt supra ostensum est, quod magis procedit in casu nostro, vbi statutum insignis ciuitatis B. vt infra latius deducetur, velit, quod liberis legitimis maneat salua, parentibus volentibus bona sua donare. Pro quibus etiam facit, † quod statutum semper interpretari debet, vt quanto minus fieri potest, intelligatur sine præiudicio tertii, & secundum tramites iuris communis. *cap. Cum dilectus, & ibi Ce. de con. ne ... ibi Legist. copiose. Cod. de nox. actio.* Nam etiamsi statuto expresse caueatur, quod existentibus filiis masculis filiæ omninæ non succedant, & nihil vltra à fratribus petere possit, tamen potest petere legitimam, vel supplementum legitimæ. *Ita decidit in specie per multa Sa'y. post Cyn. in l. Si ... Cod. de nupt. Refert & sequitur ... Dominus ... in d. Authen. Nouissima, mihi, ante fin. penult. colum. vers. Pro ... opin.* † cum per prouisionem statuti non intelligatur 7
dubio derogatum prouisioni iuris communis, ... expressum sit in statuto, vel ex præsumptionibus ... appareat statuentes voluisse omnino abrogare prouisionem iuris cõmunis, quare statutum loci simpliciter disponit, quod parentes possint donare ad liberorum quemque velint, tamen semper intelligitur secundum dispositionem siue limites iuris communis, scilicet legitima liberis debita, quum etiamsi statutum faciat expressam mentionem de legitima tollenda, non valeret, vt ex dictis in quarto præsupposito patet. † Nec prædictis 8
obstat, quod regulariter statuta ita debent intelligi, vt aliquid addãt iuri communi: sed si præcise intelligerentur secundum terminos iuris communis, verba statuti essent superflua, & nihil operarentur, vt pulchre probatur in c. Pastoralis, in princi. vbi clausula odiosa in rescripto apposita, ita debet intelligi, vt aliquid operetur, licet generaliter intelligendo, possit reduci ad terminos iuris communis, sed vt verba aliquid operentur, non debent ita late intelligi, vt nihil operentur, quod Panor. ibi in 1. not. refert ad statutum municipale, de appell. ... in l. 4. §. Prætor ait, mihi in fin. vlt. ... vers. Quero vtrum ... tum, cum prin. seq. ff. de dam. infec. & ibi elegantiter Alexan. de Imo. cum concor. per eum adducta. mihi in 3. colum. vers. Adde etiam. Idem Alexan. in cons. 85. incip. Animaduersis optime, mihi in 3. colum. per tot. & in consil. 5. in princip. & in multis aliis consiliis 2. volum. secundum doctrinam Bar. communiter appro-

ha in l.1.ff.Vi bon.rap per text.in l.Quotiens,vbi per nouam actionem à l.inductam non prohibemur veteri actione vti,nisi expresse caueatur in l.noua.ff.de actio. & oblig. *per l.fin.C.de noua. Cyn.& dd.in l.2.C.de specul.riol. Modern. in l. 2. ff.de pub.iud.* Alexand.in Consil.107.*incipien Perspectis statutis, mihi in 1.colum.cum multis concord.vers.Nam per prouisionem statuti.* in 5.volu.ex quo videtur inferri, quod statut. disponens quod vir vel mulier,possit donare libere,vt aliquid operetur,&ne sit superfluum,debet intelligi & interpretari,quod possit donare etiam liberis legitima non relicta, & ita vt addat iuri communi, cum etiam de iure cómuni hoc possit,liberis scilicet legitima relicta.*l.1. 2.& l. Si liqueat Auth.Vnde si parens,cũ simil supra alleg.* Si ergo huiusmodi statutum omnino intelligeretur secundũ ius commune,nihil operaretur.Ergo &c.

Nam respondeo,quod prædicta reg.loquitur & intelligitur,scilicet quod statuta intelligantur, vt aliquid addant iuri communi,si alias nihil operarentur, quando ita intelligendo statutum aliquis indebite non patitur detrimentum,si autem statutũ ita intelligeretur, vt quis indebite damnum pateretur, tunc potius statutum est intelligendum & interpretandum,vt penitus nihil operetur,&ita nihil addat iuri communi,sed præcise intelligatur secũdum dispositionem iuris communis. Ita probatur per gl. auream,licet vulgatam,in l.fi.in §. In computat.one, in gl.mag in fi.ibi quid si statutum,& ibi Bart. ad fin.summe exclamat illam gl.ad hoc,subiungens: tene menti rogo te,nec prodest mihi exclamare, q teneas menti,si non tenes menti.*Sequuntur ibi Fran. Lig Bal. Angel. Sal.Paul.de Cast. Alex.& D Ias alleg ad hoc opt.text.in c. Cum dilectus.& in c. Ad audientiam.*& illi tex.bene probant,vbi habetur,quod constitutio siue statutum Ecclesiæ alicuius, vt fructus præbendæ,non assignetur absentibus. non habet locum,in absenti pro seruitio Papæ vel Episcopi sui, nam nisi sic intelligeretur, indebite pateretur damnum siue detrimentum fructuum.præbendæ, siue ex seruitio Papæ, *de Cler. non resid.& vtrobique Ant.de But.& Io de Imo. Alex.de Imo. in d.l 3.§ Prator ait.ff. de dam infec. Idẽ in d.Cons* 107. *mihi in fi.7.col.* Sed clarum est,quod si statutum,quod disponit,quod vir vel mulier possit donare libere,cui velit, adderet aliquid iuri communi, scilicet, vt possit donare etiam legitima aliquib.liberis non relicta, quod tales liberi indebite & impijssime paterentur damnum & detrimentum in legitima,iure naturæ eis debita.*l. Papin.§. Cum autem quartam.& quasi per tot.ti.ff. de inoff. testam. & quasi per tot.ff.de libe.& posth.l.Cum quæritur.l Parentibus. d. Auth. Nouissima. C. de inoff. testam.* quod nequaquam est dicendum. Ergo &c.

Secundo dico,quod virtute allegati statuti pro nepotibus ex filio,donatio facta ipsis ab auia, est omnino nulla,& inualida & dictum statutum in præsenti Themate impugnat intentum ipsorum ex filio,& fundat intentionem nepotum ex filia, ita videlicet, quod est perinde ac si huiusmodi donatio ab auia nunquam fuisset facta. Nã adducti statuti verba sunt ista: **So weren vnser Burger/ ꝛc.**

Sed indubitati & clarissimi iuris est,quod huiusmodi verba statuti,scilicet: **Die jhre kinder von jm belibet/ thelet/ oder beraihet/** intelliguntur & interpretari debent, quando scilicet vir sine vxore,vel mulier sine marito,de suis bonis propriis diuisit vel dotauit liberos suos, & ita prius relicta salrẽ legitima liberis suis de propriis bonis, quod tunc possit de residuis bonis suis sine hæreditate disponere,quicquid voluerit,tenore scilicet statuti:nam nisi ita intelligeretur & interpretaretur dictum statutũ, mater vel auia, pater vel auus, posset tollere legitimam liberis;Vt si mater dotaret filiam de bonis patris vel auię &c. & postea sua propria bona omnia filio præmortuo, donaret nepotibus ex filio, vt hic auia fecit, quod esset absurdissimum & iniquissimum,cum,vt supra ostensum est,statutum nunquam intelligatur legitimam tollere liberis debitam, nec hoc inducere potest, & vltra iura superius allegatá opt. facit, † quod omnis intellectus ab- 9
surdus fugiendus est in legib.& statutis.*l Scire oportet. §. Aliud. ff.de excus.tut.l. Ambigua. ff.de leg. Bar. in l. Omnes populi.ff.de iust.& iur.& in leg. Non dubium. C.de leg.* Cum etiam verba statuti debeant impropriari, si impropriando minus lædant ius tertii,& nullam contineant iniquitatem, & minus derogant iuri communi, quam proprie & stricte intelligendo, *vt probat tex.in d.c. Cum dilectus,& ibi Anth.de But. & Ioan. de Imo.de consti.* etiamsi nihil addat iuri commũni, vt per superius alleg.patet, hinc voluit notanter Bald. in c.1.in princip.de success. feudi,† quod verba prolata à sta- 10
tutis, & etiam à peritis debent ita intelligi & interpretari,secundum quod intelligunt Iuristæ,& non secundum quod loquũtur & intelligunt Idiotæ. *De quo etiam eleganter per Alexan.de Imo.in d Cons.85.mihi.in penul.& vlt.col.* Hinc etiam dicitur,quod statuta non sunt Iudaice intelligenda, *secun.Bald.in l. Quicunq. C de ser.fugit.& in l.Omnes populi. post gl. ibi per eum allegatas,* ex quibus clarissime patet, quod verba dicti statuti intelligenda & interpretanda sunt, quando mulier,& ita vidua assignauit liberis suis dotem; vel donationem propter nuptias,vel aliter diuisit à se de bonis suis propriis, & ita quod non priuetur legitima in bonis matris vel auiæ:ita de viro intelligendum est, quod tunc de residuo ad libitum,prout constat, statutum disponere possit. Ex quo infertur,quod cum dict a auia filiã suam G.ex secundo marito susceptam,nec post eius mortem nepotes eius, ex ea de bonis suis propriis nõ dotauit nec diuisit à se, quod allegata prætensa donatio est ipso iure nulla & inualida,argum.a contrario sensu, quod est validissimum in iure.*l.1.§.Huius rei.ff.de off.eius cui mand. est iurisdi. l.Qui testamento.§.Mulier.ff. de testa.* Nam tunc permittit statutum hoc,quando liberos suos prius à se diuisit, & dotauit.Ergo a contrario sensu,quando hoc non fecit, non permittit, sed prohibet. Nam regulariter etiam habet locum argumentum à contrario sensu in statutis, *secundum Bart. Alb. de Ros.& Mod r. in d.l. 1. ff. de offi.eius cui &c. Latissime Bar. in d l. Omnis populi.in 5. quest 1.in c. Cum Apostolus. de his quæ fiunt à præl.* Nec prædictis obstat, quod argum. à contrario sensu, non habet locum in statuto ad corrigendum ius commune,sicut etiam tunc non habet locum in legibus, *secundum glo.communiter approb. in cap. 1.in gl. ff. 2. de æta.& qual. in 6.& in cap. Significasti, in gloss. mag. ad med. de foro comp.& glo. in Clem. 1. in vers. Obseruare, de sent. excom.&c* est ratio, quia per subauditos intellectus non debet induci correctio iuris communis, *secundum glo. in c. Cupientis. §. Quod super viginti, in verbo, Petere, de elec. in 6.* Sed argum. à contrario sensu, dicitur subauditus intellectus *glo. in l. 2. Cod. de cond. inser.* & venit ex coniectura *gl. in l. Apud antiquos. Cod. de fur.* Ergo &c. Sed si in d. statuto procederet huiusmodi argumen. à contrario sensu, induceretur correctio multarum ll. supra alleg. volentium quod immensa donatio facta à parente vni ex liberis solum reuocatur per alios liberos, quo ad legitimam eis debitam, quæ leges corrigerentur in loco dicti statuti per argum.à contrario sensu. Ergo nullo modo videtur sumendum, vt donatio dicta in totum non valeat. Nam prædicta procedunt & intelliguntur, quando lex noua vel statutum, aliquid operatur in sensu directo, quod tunc non sumitur argumen à contrario sensu, ad corrigendum alias ll. Si autẽ nihil operatur statutum in

sensu

sensu directo tunc bene sumitur argum. à contrario sensu, etiam in corrigentibus ius commune, vt probat text. in Auth. ex testamento, de colla. vbi dicitur: Ea testamẽto ab intestato cessat dotis, & aliorum datorum collatio,
11 † ita demum si parens hoc designat expresse, & sic à contrario sensu, si parens expresse non prohibuit collationem in testamento, habebit locum collatio, & ita tali argu. corrigitur l. antiqua, qua ex testamento cessabat collatio. *d. l. 1. l. cum filiæ. Cod. eod. tit. de col.* nam nisi valeret ibi hoc argum. nihil operarentur hæc verba, in sensu directo. *Et quod in statutis hoc casu habeat locum argum. à contrario sensu, prob. gloss. in l. nulla nisi. iunct. Auth. Diaconissam. C. de epis. & cler. quam ad hoc not. Ludo. de Roma. in l. si cum dotem. ff. solut. matr. & in d. Auth. ex testamento, & ibi valde notanter Alex. de Imol. in princ. Ioan. de Imo & Alex. in d. l. si cum dotem, Fulg. in l. vt liberis. C. de collat. D. Ias. in d. l. 1. in 11. col. vers. limita istam conclusionem, eod. titul. de quo etiam per Philip. Dec. in d. c. pastoralis, in princ. de appel.*

Hinc deciditur, quod statuto disponente, quod non existentibus filijs masculis fœminæ succedant patri ab intestato, quia clarum est, quod tale statutum nihil operatur in sensu directo, ideo sumitur arg. à contrario sensu, quod existentib. masculis filiæ non succedant. & ita corrigitur ius commune. *in l. maximum vitium. C. de lib. præt. vel exhered. secundum Cyn. Bald. Ang. Imo. & Moder. in d. l. si cum dotem, in princ. Fulg. Paul. de Cast. Alex. de Imol. in d. l. 1. Panor in d. cap. cum apostolica.*

Quod autem dictum statutum in sensu directo nihil operetur, claret: nam vt ostensum est, loquitur & intelligitur, quod mulier vel vir postquam liberos à se dimisit, de suis propriis bonis, & ita ad minus legitimam eis reliquit, quod tunc de bonis suis possit ad libitum disponere: & ita donare: hoc idem est de iure cõmuni, quod parentes possunt aliis liberis donare relicta legitima, vel si donatio fuerit immensa, reuocatur vsque ad legitimam, igitur optime procedit huiusmodi argu. à contrario sensu in tali statuto, videlicet,
12 † quod si mulier sine marito non dimiserit se cum liberis, vel eos dotauerit de bonis suis, quod de eis nihil disponere, & per consequens nec donare possit. Cum ergo ex literis dotalib. claret, quæ diligenter sunt attendendæ, quod G. & eius filius ex primo matrimonio donarũt G. filiæ & sorori mille marcas Bremenses pro dote: illam dotem intelliguntur, & dicuntur ei donasse, & postea soluisse de bonis propriis ipsius G. cum ea habuerit hæreditario iure ei delata de parentibus suis, & non de bonis G. matris eius, auiæ nepotum ea G. *secundum glo. & DD. in l. fi. C. de dat. io promiss. gl. in l. Nesennius. ff. de neg. gest. in l. vxorem § pater naturalis ff. de leg. 2. & omnes in l. s ff. solu. mat. & probatur per tex in l. fin. ff de pet. hæred. & in d. l. Nesennius & in l. ne quem mater. C. de iure dotium.* Licet secus sit in patre dotante. *d. l. fin.* Quanto magis hoc procedit in casu nostro, cũ literæ dictæ dotalitiæ expresse inferant, quod dictæ mille marcę sunt promissæ non de bonis matris dictæ auiæ, sed de bonis proparentum G. in illis verbis scilicet, quibus prædicta G. debet esse diuisa ab omnibus bonis. donationibus suorum proparentum. Sed clarum est, quod d. G. non fuit proparens H. auia, &c. sed parens, id est, mater eius. Nec aliquid obstaret, si illæ marcæ fuissent promissæ & solutæ de bonis paternis H. & ita ad eam hæreditario iure delatis, vt iam satis ostensum est, cũ non fuerint promissæ, nec solutæ de bonis G. matris eius, auiæ dictorum nepotum: & prædicta inferunt ineuitabiliter, dictam donationem non valere.

Item probatur etiam ex alio capite. Nam in dictis literis dotalibus ponitur illa clausula: Vnd was jhr in zukommenden zeiten auch noch anerben vnd sterben/ sollen sie haben vnd behalten/ &c. Nam dicta G. per illa verba, Anerben/ intelligeretur G. filiam eius hæredem instituisse, vt probatur per elegantem doctrin. im Batto. quam colligit ex tex. ibi, in l. tale pactũ. § fi. ff de pactis, scilicet;
13 † Quod si vnus ex parentibus vocat in contractibus, vel actibus inter viuos filium vel filiam hæredem suum, videtur in eum contulisse supremum iudicium, & sic videtur eum facere hæredem. *Refert & sequitur nota. Alexan. de Imo. in l. pactum quod dota. (mihi, in fi. 2. col.) in v. l. reg. cum prim. seq. & in l. scilicet (mihi in 2. col.) ver. per illum tex. C. de pactis. D. Ias. in d. § fi. (mihi, in 3. col.) vers. vlt. istum tex. & in d. l. licet, (mihi, in 2. colu.) vers. quinto per illum text. Et allegant ad hoc optima iura, scilicet l. fin. cum gl. 1. C. famil. hercis. l. hac consultissima. § ex imperfecto. C. de testam.* Nec prædictis obstat, quod hæreditas nõ potest dari cõtractu, siue pacto inter viuos, *in l. hæreditas. C. de pact. conuentis, &c.* Quia licet inter I. & dictam G. fuerit cõtractus inter viuos, scilicet dotalitiis, tamen inter G. & eius filiam C. dicitur fuisse vltima voluntas, vt patet ex illo verbo, Erben. *Ita respondet in terminis D. Ias. in d. § fin. vbi etiam similiter defendit Bar. ab oppugnatione Pau. de Cast. ibi.*

Et non potuit de alia hæreditate intelligi, nisi dictæ auiæ: quia in alia nihil disponere potuit, quæ vltima voluntas postea non potuisset reuocari, nisi dicta G. postea septem testibus adhibitis declarasset dictam vltimam voluntatem, per aliam saltem vltimam voluntatem, quod dicta auia non fecit. Nec obstat statutum, quia intelligitur secundum ius commune, quãdo pater vel mater prius non condidisset testamentum siue vltimam voluntatem, quæ scilicet non potest tolli donatione inter viuos, postea vel alio contractu, per vulgaria iura. Et sic ille casus tanquam omissus remanet in dispositione iuris communis. *d. l. si cum dotem, in prin. l. commodissime. ff. de libe. & posth. l. si extraneus, cum simil. ff. de condict. ob causam.*

Tertia probatio, d. donationem non valere. Nam ex quo G. filium suum I. ex primo matrimonio diuisit à se de bonis suis: Quod probatur, nam alias non potuisset transiuisse ad secunda vota, propter aliud statutum ciuitatis, quo cauetur, quod nulla mulier vidua poterit nubere ad secunda vota, nisi prius diuidat cum liberis primi matrimonii: Sequitur quod non potuit donare filiæ suæ G. bona sua residua, vigore dicti statuti allegati prin. nepotib. ex filio. Ex quo iterum infertur, quod si prædicta verba non inferrent vltimam voluntatem de bonis auię, inferunt saltem donationem causa mortis, vel inter viuos collatum post mortem, vigore scilicet talis statuti. Nam alias talia verba omnino essent superflue posita, & penitus nihil operarentur inter G. & nepotes ex ea, cum alias hæreditas G. potuisset ad eos venire, vel ex testamento, vel ab intestato, quod nullo modo est dicendum,
14 † cum nullum verbum in contractibus debeat intelligi esse prolatum superuacue & sine ministerio, & ita vt nihil operetur, vt notatur per Bald. in rub. C. de contrah. empt. in 9. quæst. vbi dicit quod in contractibus nedum clausulæ, sed etiam nec verbum debeat esse sine virtute aliquid operandi si potest. *l. hanc. ff. de contrah. empt. l. si ita stipulatus, in prin. ff de vsuris. facit l. si quando. ff. de lega. 1. cap. si Papa, cum ibi notatis per DD. de priuil. in 6. Pulchre Phil. Dec. in d. c. pastoralis, in princ.* Quare illa prima donatio non potuit postea per secundam donationem reuocari, *toto tit. C. de reuocand. dona. &c.*

THEMA CONSILII XXXVII.

De diuisione feudorum habentium annexas dignitates, Ducatus, vel Comitatus, vtrum admittatur. Et quid si sit factum pactum de nõ diuidendo, vel diuisio cum Minore 25. annis, facta sit.

SVMMARIA.

1 Consuetudine Italiæ & Germaniæ introductum, quod feuda, etiam dignitates, Ducatus, vel Comitatus habentia, diuidantur.
2 Nullum est ius positiuum, quod consuetudine mutari non possit.
3 Doctori excellenti attestanti de consuetudine creditur.
4 Et res iure iurisdictionis in feudis annexam dignitatem Ducatus, &c. habentibus, de iure potest diuidi.
5 Quando est diuisum solum exercitium iurisdictionis inter duos, habentes feuda Ducatus vel Comitatum, vnus non potest punire alterum delinquentem in loco, in quo habet exercitium iurisdictionis.
6 Feudum Marchiæ, Ducatus, &c. etiam de iure ita potest diuidi inter fratres, vt vni totum assignetur, & alteri fiat compensatio in allodialibus.
7 Feuda quæ transeunt ad posteros, iure successionis, possunt diuidi.
8 Omnia feuda non habentia dignitates annexas, sunt diuisibilia.
9 Societas in perpetuum coiri non potest, sed ad tempus vitæ contracta valet.
10 Verba geminata plus operantur.
11 Interpositio fidei æquiparatur iuramento.
12 Non valet pactum factum de non diuidendo, quoniam eo non obstante, potest peti diuisio.
13 Libera facultas discedendi à societate vel communione re integra, nemini debet auferri: & pactum in contrarium factum, est contrarium naturæ & substantiæ communionis vel societatis.
14 Potest peti diuisio contra prohibitionem testatoris disponentis fratres stare in communione, vsque ad 10.
15 Non valet pactum, per quod constituo aliquem meum procuratorem perpetuum, ita quod non possim reuocare.
16 Non valet pactum, quod non fiat diuisio toto tempore vitæ.
17 Dispositio collata in tempus mortis, non dicitur habere certum tempus ideo videtur quasi perpetua, & sine præfinitione temporis facta.
18 Si aliqui centum anni steterunt in diuisione, tamen non intelligitur præscriptum iuri petendi diuisionem.
19 Quando lex non habet nisi vnicam rationem, habetur pro expressa.
20 Propter discordiam vitandam, potest discedi à communione contracta ad tempus, à qua alias nisi finito tempore, non liceret discedere.
21 Fidei interpositio quid operetur.
22 Inesse dolum ex proposito, vel reipsa, parificantur à iure.
23 Ratione doli, vel enormis læsionis, facile remittitur iuramentum.
24 Iuramentum quando dicatur turpiter receptum.
25 Qui petit absolutionem in casibus, quibus potest, non dicitur venire contra iuramentum.
26 Iuramentum regulatur secundum naturam contractus, super quo interponitur.
27 Qui iurauit obseruare contractum, quem poterat impugnare duplici ratione, scilicet ratione ætatis, vt minor, & ratione læsionis, vt quilibet Maior, licet per iuramentum excludatur ab vna via, non tamen intelligitur exclusus ab alia: Nisi vtrunque iurasset, scilicet, non contrauenire ratione ætatis nec alia, &c.

CONSILIVM XXXVII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter imploraro. In præsenti casu, super quo multi DD. vt verbo dicitur, pro illustriss. Duce H. M. consuluerunt, videlicet, quod non teneatur ad diuisionem cum illustri Duce fratre suo, vigore dictarum conuentionum siue pactorum, vt veritas omnino clarescere & patere possit, sunt primo aliqua per ordinem discutienda & examinanda. Primo, An si dictæ conuentiones non essent factæ, de iure posset peti & fieri diuisio inter prænominatos illustres principes, feudorum dignitates, Ducatus & Comitatus habentium annexas. Secundo, quid de aliis bonis feudalibus, huiusmodi dignitates non habentib. annexas. Tertio, An non obstantibus dictis conuentionibus & pactis, illustris princeps Alb. nihilominus possit de iure petere diuisionem, nec ne, & ita an huiusmodi pacta, & conuentiones valeant de iure, nec non. Quarto, An & quando diuisio cum minore 25. ann facta, de iure teneat & valeat, vel non. Quib. diligenter excussis & examinatis, patebit veritas præsentis consultationis.

Quantum ad primum, videtur quod feuda habentia dignitatem annexam, vt sunt feudũ Ducatus, Marchiæ, & Comitatus, diuidi non possunt, *vt est tex. not. in cap. Imperialem. § præterea Ducatus, de prohib. alien. per Frid. in vsibus feud. & etiam per tex. in c. in apib. 7. quæst. 1.* & est ratio, quia dignitates & dominia per diuisionem diminuuntur, & ad destructionem deducuntur, *vt est gloss. notab. in cap. licet, de vot.* Hinc dicit ibi Ioan. And. quod feuda dignitatum, vt sunt Comitatus, &c. non diuiduntur in honorem Imperii. Hinc etiam dicitur in Euangelio: Omne regnum in seipsum diuisum, desolabitur. Et Aristot. 12. Metaphys. Quod vnus principatus esse debet. *Et ita tenent Iac. de Belle. Bald. Andr. de Iser. Alex. in d. § præterea Ducatus, Com. in d. c. licet.*

Sed istis & aliis non obstantibus, contraria sententia de iure verior est, videlicet, quod possit fieri diuisio huiusmodi feudorum Comitatus & Ducatus, non obstante d. § præterea Ducatus, quo soluto apparebit etiam solutio ad omnia alia in contrarium allegata. Pro cuius veritate est sciendum, † quod communiter in Italia & cer- 1
tis partib. Alemaniæ, & certarum prouinciarum dignitates, præter regales, sed aliæ, scilicet Ducatus, Principatus, Comitatus, & his similes, diuiduntur, contra præfatam l. Friderici, nec seruatur ius primogenituræ in illis: Sed æqualibus portionibus diuidunt illa feuda, sicut allodia, & defenditur hæc consuetudo, quia Imperatoribus scientibus dicitur introducta, quæ necessaria videtur ad introducendum consuetudinem, ipsorum legi contrariam. *ff. de legib. l. de quibus.* Et pro hac consuetudine, quæ fecit feuda diuisibilia, inducuntur leges. *ff. de contrahend. empt. l. si in emptione. l. numerum. § sucta. versicul. sed ea quæ. ff. commu. prædio. l. venditor. § si constat. ff. de aqua plu. arcen. l. in fin. ff. de aqua quotid. & æstiua. l. hoc iure. § ductus aquæ. Ita ad literam dicit & decidit per prædicta Ioan. Andr. in additio. ad Spec. in rub. de feud. in 4. colum. versicul. non omittam ad intellectum prædictorum*, & sic ex generali & antiquissima consuetudine Italiæ, & partibus Alemaniæ feuda Ducatus, Marchionatus, & Comitatus diuiduntur: & per talem consuetudinem est derogatum in d. locis, dispositioni d. § præterea Ducatus, *secundum Hostiens. & Cardin. post Ioan. Andr. in d. cap. licet Bald. in l. de quibus. Andr. de Iser. in cap. omnes filii, si de feud. fuerit controuers. in vsib. feud.* Iacob. de Almar. in d. c. præterea Ducatus, & ibi Bald. notabiliter dicit, (*mihi, in 1. colum.*) *versic. & nota.* † Quod vbi 2
ipsa est consuetudo diuidendi, etiam ista possunt diuidi: quia nullum est ius mere positiuum, quod consuetudinem mutare non possit. *d. l. de quibus. § fin. & illam diuisionem Ioan. Andr. refert & sequitur etiam Alexand. in d. § præterea.*

Cum ergo in Alemania sit illa consuetudo, videlicet, quod huiusmodi feuda Ducatus, &c. etiam diuiduntur, sequitur, quod d. c. omnes filii, si de feudo fuerit controuersia, inter dom. vbi habetur, quod feuda regulariter diuidi possint, etiam habeat locum in huiusmodi feudis,

cum

cum consuetudo sit optima legum interpres. *c. dilectus, de consuetu. l. si de interpretatione. ff. de legib.* Facit in simili, quod singulariter notat Bald. in c. 1. de feudo march. & cō. (*mihi, in 2. colum.*) *vers. Item nota*, vbi dicit, quod in regalibus dignitatibus, quantum ad successionem, seruanda est consuetudo, *per c. 1. fin. de alie. feudi* Subiungens, quod est fixum tenendum menti, quia frequens & frequentissima est mors dominorum & regum, & sic satis claret, quod huiusmodi feuda sint diuisibilia, & per cōsequens, quod Dux A. possit petere diuisionem in huiusmodi feudis, scilicet Ducatus M. Imo si non esset ista consuetudo, prout tamen est, vt etiam DD. attestantur, vt iam ostensum est,
3 cum † vni Doctori excellenti attestanti in scriptis de cōsuetudine credatur, *vt singulariter per Bar. per tria fundamenta in repet. d. l. de quib. ff. de legib.* Quanto magis tam pluribus de hoc attestantibus adhuc possit peti diuisio; quam illustris princeps Alber. petit. Nam sua dominatio non vult, quod comitatus & principatus ipsorum Ducum, ita diuidantur, quod ipsi separentur, sed tantum, vt suæ Celsitudini aliquæ ciuitates & castra, in administrationem & exercitium iurisdictionis ibidem dentur, quod nullo iure reperitur prohibitum, cum principatus hac ratione non diuidantur, nec in eorum dignitate vitientur, sed magis cōcordia inter fratres conseruetur: & posito; quod talia feuda dignitatem Ducatus, Comitatus, &c. annexam habentia, sui natura essent indiuisibilia, tamen illud solum procederet quoad dignitatem & iuris-
4 dictionem, ne scilicet diuideretur, † quantum autem ad administrationem & exercitium iurisdictionis pertinet, bene possunt diuidi, scilicet, vt in diuersis locis Ducatus, Comitatus, &c. dominentur. *Ita pulchre declarat & limitat Bald. in d. §. praeterea Ducatus, & Bar. in l. inter lictores, in fi. ff. de admini. tut.* & ita, quod administrationes iuridicas diuidere possint, vt vnus vnam administrationem habeat in vno loco; alius in alio. Bartol. vbi supra, ponit in terminis nostris, scilicet in Comitatu, quod videlicet cuidam Comiti fuit concessum feudum de pluribus castris à principe, filij postea post obitum patris diuiserunt, & dicebatur, quod non erat diuisa iurisdictio, quæ à seipsa diuidi non potest. *d. § praeterea Ducatus.* Sed est diuisa administra-
5 tio, seu exercitium iurisdictionis, ex quo infert, † quod si vnus ex illis delinquat in territorio alterius, non potest ab alio puniri; quia cum iurisdictio sit communis inter eos, par in parem non habet Imperium, *vt probatur in d. §. praeterea Ducatus, & not. in l. communi diuid. ff. commu. diuid. facit cap. prudentiam, in princip. de offi. deleg. Ang. in l. 1. §. ex his. ff. de verb. oblig. argum. l. Lucius. ff. de aqua quotid. & æsti. in fi. Refert & sequitur Alex. de Imo. in consil. 14. in 2. colu. versic. ex his ergo videtur, in 2. volum.* & licet Bald. in sæpe allega. §. præterea Ducatus, inuehat contra dictam determinationem Bar. in quantum vult, quod si vnus ex illis delinquat in territorio alterius, non possit ab alio puniri, &c. tamen dicit illam procedere & habere locum in iurisdictione Marchiæ, Ducatus, & Comitatus, sed in aliis inferiorib. non, quia in istis cadit vera diuisio, non sola diuisio administrationis; vt ibi latius per eum. *Idem tenet ibi Alph. & Alex. de Imo.* Ex quibus clare infertur, quod sicut in inferiorib. iurisdictionibus & feudis, cadit vera diuisio, ita in maioribus, seclusa etiam generali consuetudine, & obseruantia; de qua supra, cadit diuisio administrationis & exercitij iurisdictionis.

Sed iurisdictio, quoad substantiam, manet apud o-
6 mnes alios insolidum, Ergo, &c. Item † licet huiusmodi feuda dignitatem Ducatus annexa habentium, essent indiuisibilia, tamen si sunt duo fratres Marchiones vel Duces; potest hoc modo inter eos fieri diuisio, quod vni tota Marchia, vel totus Ducatus, vel Comitatus, alteri alterum feudum, vel totum allodium assignetur, quia quo ad Ducatum, siue Marchionatum, non est diuisio facta, ex quo non scinditur feudum, sed vni in solidum adiudicatur, *vt probatur per text. in l. & puto. §. 1. ff. famil. hercisc. in l. si quis putans. §. penult. ff. commu. diuid. Ita expresse per prædicta determinat Bald. in d. §. præterea Ducatus, (mihi, in prin. 4. colum) vers. pone duos fratres. And. de Iser. & Alex. ibi, (mihi, in 5. colum.) vers. quæro si duo fratres. Probatur etiam secundum Bald. vbi supra, in l. si familiæ. in gloss. magna. & ibi etiam Bald. not. C famil. hercisc.* Item hodie generali consuetudine vsurpatum est, quod Ducatus, Marchionatus, & aliæ regales dignitates, deuoluantur per successionem ad posteros, *per tex. in cap. 1. in fi. de alie. feudi. l. verbum vsurpatum, in textu positum capitur ibi, in bona parte, vt ibi per Alexand. post princ. facit etiam text. iuncta gloss. in c. denique, 7. quæst. 1. & in c. licet, de voto. Ioan. Andr. & Hostien. in c. per venerabilem, qui filij sint legit. glo. in c. 1. §. & quia. & ibi Alphar. de his qui feud. dare poss. Alber. de Ros. in Authen. in successione. C. de legit. hæred. Alex. in §. præterea Ducatus, cum mu tis concordan. ibidem per eum adducta, vbi etiam respondet facientibus in contrarium:* & sic etiam patet, quod illa feuda sint transitoria ad posteros, iure hæreditario, & non solum ad primogenitum dicuntur feuda paterna, & antiqua. *c. 1. de success. f. u.* † sed 7
huiusmodi feuda, quæ scilicet transeunt iure successorio ad posteros, & sunt paterna, possunt diuidi. *d. c. omnes filij* Ergo, &c.

Quantum ad secundum, breuiter respōdeo, quod est indubitatū, † quod alia feuda huiusmodi dignitates an- 8
nexas non habentia, possunt per vasallos ea tenentes diuidi. *d. §. præterea Ducatus: vers. aliud tamen feudum. & ibi per Bald. & Feudist. in c. 1. de nat. success. feudi. d. c omnes filij*, de quorum numero sunt etiam Baroniæ, vt scilicet inter hæredes diuidi possint. *secundum Bald. in c. vno, de offi. deleg. And. de Isern. in c. 1. de cap. qui cur. vendi per argum. d. l. præterea Ducatus*; per argum à speciali, quia ponitur ibi speciale in feudis Ducatus, Marchionatus, & Comitatus, quod diuidi non possunt de iure, licet hodie, vt supra ostensum est, aliud de consuetudine inductum est. Ergo in omnib. aliis feudis remanet regula, quæ habet, quod feuda diuidi possunt. *d. c. omnes filii. Idem dicit Alex. in c. 1. in prin. qui feu. da. poss. & in d. § præterea Ducatus in 1. col.* Et etiam hic esset examinandum; An requiratur, quod omnes consortes feudi consentiant ad hoc, vt diuidi possit. & videtur quod sic; d. §. præterea. versic. aliud. vbi dicitur: Aliud autem feudum, si consortes voluerint, diuidatur, & per cōsequens alio reclamante diuisio fieri nō potest, & sic videtur per d. ver. quod vnus vasallus non posit prouocare alium ad diuisionem huiusmodi feudorum, sed contrarium determinat summus feudista And. de Isern. ibi. Nec obstat iste vet. aliud autem, ibi, si consortes voluerint, quia ille tex. hoc non probat, nisi per Arg. à contrario sensu, quod ibi sumi non potest, nec debet, quia de iure communi regulariter illa; quæ possunt specifice diuidi, possunt in iudicium diuisorium contentiosum deduci, *vt per totum titul. ff. communi diuidund.* Sed sic est, vbi causæ feudales non sunt expresse decisæ per iura feudalia, debent decidi per ius commune. *cap. 1. & ibi pulchre per DD. de feud. cog.* Ergo non sufficit decisum per argum. à contrario sensu, & sic per illud argum. induceretur correctio iuris communis, videlicet, quod quis inuitus teneretur stare in communione, quod est contra ius. Ideo ad correctionem legis sumi non debet, *secundum glo. in cap. vnico, in glo. 2. de ætate & qual. lib. 6. Clem. 1. in verbo. Obseruare. de sent. excommu. & in c. significasti. in gloss. fin. de foro compet.* hinc dicit gloss. in c. cupientes, in verbo, Quod si per viginti, de elect. lib. 6.

quod

quod per subauditos intellectus non dicitur induci legum correctio, sed argum. à contrario sensu, dicitur subauditus intellectus. *gloss. in l. 2. C. de cond. inser.* & venit ex coniectura glo. *in l. apud antiquos. C. de furt.* & hoc est indubitatum, quando lex noua aliquid operaretur in sensu directo, vt hic, quia de rigore iuris Ducatus, Marchionatus, & Comitatus, omnino sunt indiuisibilia, etiā si consortes voluerint. *d. §. praeterea Ducatus*, sed alia feuda sunt diuisibilia, scilicet, si consortes voluerint, & sufficit vnum velle, id est, ad diuisionem prouocare, quia illa pluralitas resoluitur in singularitates, si tantum duo sunt vasalli, *vt pulchre per Soc. in cons. 200. in 1. col. vers. secundam difficultatem, facit in 2. parte*, & sic patet, quod ille vers. satis operatur in sensu directo iuris absque hoc, quod sumatur argumentum ibi à contrario sensu, ad correctionem iuris cōmunis, cum tamen hodie de generali cōsuetudine scientib. & patientib. Imperat. inducta, quae optima legum interpres est, etiam feuda Ducatus, Comitatus, & Marchionatus diuidantur, & in eis habeat locum successio, si sunt paterna & antiqua, sicut in aliis feudis, sequitur, quod feuda remanent in dispositione iuris communis, scilicet quod indistincte possint deduci, sicut aliae res communes, in iudicium diuisorium contentiosum, ex quibus iam patet responsio ad duo prima quaesita.

Quantum ad tertium, in quo principaliter stat veritas praesentis consultationis, ideo latius hic elaborandum erit, quam in duobus praecedentibus articulis. Pro eruenda veritate primum adducam fundamenta, & rationes, quib. videtur probari & inferri, quod illustr. princeps dom. Alb. non possit, nec valeat de iure petere ab illustri principe dom. H. fratre suo, quod secum diuidat, vigore & virtute huiusmodi conuentionum inter se initarum & conuentarum: nam nihil tam congruum est humanae fidei, quam ea quae placuerunt custodire, inter eos seruare. l. 1. in prin. & l. Praetor ait, vbi dicitur: Praetor ait, pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque aduersus leges, Plebiscita, Senatusconsulta, decreta, edicta principum, neque qua fraus cuiquam eorum fiat, facta erunt, seruabo. ff. de pact. Sed pacta per praefatos, id est, D. principes, & fratres inita, sunt huiusmodi, & sunt facta, vt ex iis patet, pro conseruatione territoriorum & subditorum & fraternae concordiae suarum illustr. dominationum. Ergo seruanda sunt. Nec huic obstare videtur l. fin. C. com. diuid. vbi dicitur, quod nemo cogitur stare inuitus in cōmunione vel societate, quia hoc est verū, nisi interuenerit pactū, tunc ratione pacti cogitur quis inuitus stare in communione. Ita dicit gloss. mag. in d. l. fin. ibi, fallit ratione pacti, quam communiter ibidem sequuntur DD. Nec etiam huic obstat tex. sing. licet vulgt. in l. in hoc iudicio. §. si conueniat, vbi habetur, quod non valet pactum de non diuidendo, vt quando conuentum est inter partes, quod nullo vnquam tempore fiat diuisio, *vt patet per tex. ibi in verb. Ne omnino*, sed sic non est in casu & proposito nostro inter praefatos dom. principes conuentum de nunquam diuidendo, sed solum, quod velint stare indiuise in communione bonorum toto tempore vitae suae, vt patet ex his verbis, in huiusmodi conuentionibus appositis. Zusammē gesagt habē / vngetheilt obbestimptes vnsers vätterlichen Erbes beyeinādern in einem Hauß vnd wesen die zeit vnser leben freundtlichen vnd brüderliche zubleiben vnd zuvertragen/ ꝛc. † Sed pactum per quod cōuentū est inter aliquos de non diuidendo tempore vitae eorū, videtur quod valeat. Imo etiamsi esset factum pactum ne in perpetuum diuiderent, valeret & teneret, quia intelligeretur in perpetuum, id est, donec vixerint. ita videtur optime probari per tex. in l. 1. in princ. vbi dicitur: Societas coiri potest, vel in perpetuum, id est, dum viuunt, *iunc. l. nulla. ff. pro socio, & ita per illa duo iura, quae terminant expresse. Florianus in d. l. hoc iudicium. §. si conuenerit. ff. commu. diuid. Sequitur & refert D. Ias. in l. si non sortem. §. si centum, in 3. colum. vers. limita. ff. de cond. indeb.* & pulchre Alex. in cons. 59. *incip. viso themate praedicto, in vlt. colum. in prin. ibi, nec similiter dicta bona*, in 5. vol. vbi concludit, quod partes ex virtute laudi emologati, debēt stare toto tēpore vitae eorum in communione & societate, subiungens rationem, dicens: Possunt enim partes ad inuicem conuenire, vt societas & communio duret toto tempore sociorū, licet in aeternum fieri non posset, *allegando d. l. 1. & l. nulla. ff. pro socio.* Idem Alex. si bene ponderetur, in 61. *incip. circa primum dubium, quo quaeritur, an magister Ang. (mihi, in 3. col.) ver. aut oportet nos dicere*, in 3. vol. dicit enim: Aut oportet nos dicere dictum praeceptum testatoris esse limitatum, donec vixerint d. Ioan. & M. Aug. & per ista videtur inferri, quod Alex. non est sibi contrarius in illo consilio, & ita, quod aliter dixerit, quam in d. l. si non sortem. §. si centum, vbi concludit contra Pau. de Castr. ibi, prout ei impingit D. Ias. in d. §. si centum, in 2. col. Nam Alex. concludit in d. §. si centum, contra determinationem Paul. de Cast. ibi, volentis quod non valet praeceptum factum à testatore haeredibus, ne in perpetuum diuidant bona haereditaria. Nam Alex. determinat ibi contrarium, scilicet, quod valeat ratione, de qua ibi per eum, ponendo scilicet differentiam inter conuentionem inter viuos, factam, & dispositionem testatoris. *Idem vult per expressa verba, in d. consil. 111. in 3. volum. in vers. Pro hoc etiam bene facit. iunct. §. versic. aut oportet.* & sic clarissime patet, quod ipse vult illam esse differentiam inter conuentionem inter viuos, & dispositionem testatoris, quod scilicet non valet conuentio seu pactum inter viuos, de nunquam diuidundo, secus est in dispositione testatoris, quod scilicet valet, sed quando fit in perpetuum, donec vixerint, ꝙ tunc idem sit in praecepto testatoris, & pacto seu conuentione inter viuos, quia vtroque casu valet, secundum eundem. *Ita videtur velle in praallegat. duobus locis, iunct. eo quod vol. in d. cons.* 59. Ita voluit etiam expresse D. Ias. in §. quaedam, *(mihi, in 4. colum.) vers. quid diceretis de casu isto.* Inst. de act. vbi quaerit: Quod si duo fratres, vel duo socij, vel duo mercatores aut artifices, prout quotidie de facto contingit, faciunt inuicem pactum, quod non liceret diuidere, pro toto tempore vitae eorum, an huiusmodi pactum valeat: & concludit quod sic, *per d. l. 1. & l. nulla, & ibi not. glo. ff. pro socio.* Subiungens, hoc esse cordi tenendum, pro maxima limitatione & declaratione regulae, de qua in d. §. si conueniat. & quod ista & praedicta maxime procedant in casu praesenti; & ita quod saepe dictus princeps Alb. non possit petere diuisionem à Duce H. fratre suo, patet, propter geminationem, imo trinam repetitionem pacti de non diuidendo toto tempore vitae d. principum, ex qua geminatione vel trina repetitione omnino demonstratur, quod voluerunt, ne eorum bona in vita eorum diuiderentur, & sic dato quod vno pacto seu vna conuentione non potuisset induci, sicut tamen potuit, vt supra adductum est, † potuit tamen geminata maxime terrepetito pacto, per textum in l. cum scimus. C. de agrico. & censi. lib. 10. per quem inferunt etiam ibi Bart. & Ange. & Paul. de Castr. *in l. ex hac scriptura. ff. de donat.* Ludo. Roma *in l. gerit. ff. de acquirend. haered.* quod licet verba enunciatiua principaliter propter aliud prolata, nihil disponunt, *cap. si Papa, de priuilegiis. in 6. l. ex his verbis. Cod. de testamen. mili.* hoc tamen verum, nisi talia verba sint gemina, nam tunc secundum eos disponit. *Idem tenet Panorm in c. si cautio. ad finem, de fid. instrum. pro quo allegat text. ibi, & secundis confessio-* 10

confessionibus, siue insinuati sunt, siue non. Cod. de plus peti. Et ad clare ostendendum, quod Dux Albe. transactiones, & conuentiones fraternas obseruare debeat, & ideo nullam diuisionem à Duce H. fratre petere possit, claret ex eo, quod illorum Ducum conuentiones, prout in eis cõtinetur, per fidem & honestatem principum promissæ sunt, & ita bey jhren Fürstlichen Ehren vnd treuwen zu-
11 halten zugesagt. Nam † interpositio fidei æquiparatur iuramento, *per text. in c. ad aures, de his quæ met. caus. fiunt. Et in c. peruenit. de fideiuss.* & dicit Panor. in d. c. peruenit, quod iuramentum, & fidei præstatio habent se vt genus & species: quia omnis præstatio fidei est iuramentum, sed non econtra, *per not. in c. & si Christus, de iureiuran.* Ex quo videtur inferri, dato etiam, quod pactum, de quo supra inter præfatos principes & fratres, de iure non fuisset validum, tamen eiusmodi fidei præstatio, maxime cum sit repetita, validauerit, vel saltem ipsa fidei præstatio seruari debet, sicut iuramentum, cum æquiparetur iuramento, vt iam adductum est, *per c. cum contingat, & c. si vero, de iureiur. cap. licet mulieres, eodem tit. in 6. cap. Quamuis, cum simil. de pact. Auth. sacramenta puberum, cum ibi plene nota. C. si aduer. vendi.* Hinc etiam dicitur, quod Clericus violans præstationem fidei, ita potest priuari beneficiis, sicuti si violasset iuramentum, *secundum glo. in c. querelam quam ibi sequuntur Hosti. & Panor. in d. c. ad aures. ne prala. vi. suas, & in c. constitutus. de transactio.* cum etiam Deus nullam differentiam faciat inter simplicem loquelam, & iuramentum. *c. iuramenti. 22. quæst. 5.*

Sed istis non obstantibus, illustris Dux Alb. non obligatur prædictas conuentiones seruare, sed poterit de iure diuisionem à dominationis suæ fratre petere, quam etiam Dux H. eadem ratione facere tenetur, ac si non fuissent factæ prædictæ conuentiones, vt ex sequenti-
12 bus iuris fundamentis patebit. Nam † exploratissimi iuris est, quod non valet pactum factum de non diuidendo, non obstante huiusmodi pacto, potest peti de iure diuisio. d. l. in hoc iudicio. §. si conueniat, vbi expresse dicitur, tale pactum nullas vires habere. ff. commu. diuid. Et nemo cogitur stare inuitus in communione, vel societate. *d. l. fin. C. commu. diuid. d. l. si non sortem. §. si centum.* & est ratio, quare huiusmodi conuentiones, & pacta de non diuidendo, nullius momenti sint, quia communia siue materia cõmunis, solet discordias exercere & parere, præcipue inter fratres. *l. cum pater. §. dulcissimis. in fi. ff. de legat. 2.* l. iuri communi, vbi dicitur, quod res communes plerunque propter immensas contentiones ad diuisionem perueniant, l. 2. ibi, naturale quippe vitium est negligi, quod communiter possidetur, vt qui se habere nihil qui non totum habeat arbitretur, denique suam quoque partem corrumpi patiatur, dum inuidet alieno. C. quando & quibus quarta pars debeat. lib. 10. *& ibi Bart. Angel. & Ioan. de Plat.* Et quod d. §. si conueniat, etiam loquatur, & habeat locum, quando est factum pactum de non diuidendo in perpetuum, id est, quoad viuunt, sicut quando est factum, quod non liceat discedere à communione toto tempore vitæ contrahentium, non obstantibus supra in contrarium adductis, & omnibus aliis, quæ adduci possunt, clare patebit. Nam d. §. in princ. loquitur indistincte & generaliter, dicit enim: Si conueniat ne omnino diuisio fiat, nullas vires habere manifestum est. Ideo debet etiam indistincte & generaliter intelligi. *l. 1. §. generaliter, cum vulgatis. ff. de legat. præstan.* Nec obstat tex. in d. §. ibi, ne omnino diuisio fiat, vt scilicet nullo vnquam tempore fiat, quia non intelligitur, quod in pacto adiiciatur, quod omnino non fiat, sed sunt verba Legislatoris, quod non fiat pactum, neque concipiatur tali modo, per quod diuisio omnino non fiat. Sed pactum, quod toto tempore vitæ non fiat diuisio, est tale, scilicet quod omnino prohibet diuisionem toto tempore vitæ. Ergo non valet, sicut eadem ratione non valet pactum simpliciter factum, quod bona non diuidantur: & quod illa sit mens d. §. aperte probatur per tex. ibi in 2. resp. vbi dicit: Quod si fiat pactum, vt intra certum tempus non diuidatur, valet igitur per argu. à contrario sensu sumptum, quod est validissimum in iure. l. 1. §. huius rei, ff. de offi. eius, cui mand. est iurisd. probatur, quod quando certum tempus non est appositum, & sic quando est factum toto tempore vitæ, & sic vsque ad tempus mortis, quod est incertissimum, vel quando est simpliciter factum, quod non valeat. Præterea dictio Autem, posita in 2. resp. ostendit, quod finis siue secundum responsum, aduersetur principio in iure, & in facto. *l. hoc amplius. & ibi gloss. & Bart. ff. de dam. infect.* Igitur cum loquatur quando certum tempus est appositum, ostenditur, quod principium loquatur quando nullum tempus, vel incertum, prout est tempus mortis appositum est, quod tale pactum non valeat, alias non esset bona aduersatio, quod est contra naturam dictionis aduersatiuæ, Autem, & quod huiusmodi pactum, quo conuentũ est, quod toto tempore vitæ non fiat diuisio, sed quod contrahentes stent in communione, non valeat, & per cõsequens non impediat diuisionem, probatur, nam attenta ista ratione, quod pactum quando nõ transiret ad hæredes, & non posset durare nisi vsque ad vitam, valeret, tunc etiam valeret pactum, quod nullo tempore diuidatur, quia tunc etiam societas non transiret ad hæredes. *l. nemo, & l. adeo ff. pro socio.* hoc autem est falsum, *vt in d. §. si conueniat. Ita in terminis nostris ad literã determinat & decidit Socyn. in d. consil. 278. in pen. colum. quasi per totum allegans, idem dicere Cyn. in d. §. si conueniat. in add. contrarium etiam secundum tenet ibi Bart. & Albe. de Rosa. qui summat illum text. pactum ne perpetuo diuidatur, non valet, vnde subiungit: non esse curandum de opi. Flori. quia est contra communem, tum quia est falsa. Hæc ille.* Probatur etiam expresse argum. à contrario sensu, in l. si conuenerit. ff. pro socio, vbi valet conuentio de non recedendo à societate, vel non diuidendo intra certum tempus. Ergo in perpetuum, id est, donec viuit, non valet. *Probatur etiam per text. & quod not. ibi Bald. & Angel. in l. 4. ff. de cond. instit. iunc. eo quod notabiliter decidit per illum text. Pau. de Cast. licet Alex. aliter dicat, in d. l. si non sortem. §. si centum.* Nam id in d. l. 4. probatur secundum eos, & bene, quod testator in testamento potest mandare hæredibus, ne intra certum tempus bona hæreditaria diuidant, non autem possit mandare, ne in perpetuum diuidant, & ita quoad viuũ determinat Paul. de Cast. vbi supra, quod non, *per d. §. si conueniat*, quia est bonum argum. de contractibus ad vltimas voluntates. *l. filium filii. § cum qui chirographum, & l. qua de legato. ff. de leg. 1. Illam decisionem Pau. de Cast. tanquam æquiorem sequitur D. Ias. in d. §. si centum. ad finem. 3. colla.* Attento quod communio soleat discordias parere, maxime inter fratres præallegatis legib. Si ergo hoc non potest fieri in vltima voluntate, multo minus poterit fieri in dispositione inter viuos, cum regulariter fortior sit dispositio testatoris, quam inter viuos, propter quod Alex. in d. l. 4. tenet contrarium, sed male, salua pace, cum ratio prohibitionis d. l. si conueniat, vtroque casu militet, scilicet ne excitentur discordiæ, & dissensiones, maxime inter fratres, ratione communionis: ex quo etiam apparet, quod D. Iason est sibi ipsi omnino contrarius in d. §. quædam.

Item, omnis cõmunio vel societas, de sui natura est solum duratura ad beneplacitum cõtrahentiũ, vel alterius, ad diui-

hoc videatur impedire liberum arbitrium, vt habetur casus not. in d. §. si conueniat, & in d. l. nulla. ff. pro socio. Ecce quam præclare per illa iura decidit, quod non valet conuentio facta inter duos, quod bonorum communium diuisio fieri non possit inter eos, etiamsi expressum esset in vita eorum. Nam clarum est, quod tale pactum de non recedendo à societate, non transit ad hæredes, *d. l. adeo.* Sed per dicta iura probat, quod etiam non in vita, & bene, vt præcipue patet per illa verba inter vtrunque. Et quod pactum factum de non petendo toto tempore vitæ diuisionem, dicatur factum in perpetuum, ita videlicet, quod non valeat, sed habeat locum d. §. si cōueniat, probatur inconuincibili ratione, & tali. Nam explorati iuris est, quod cum curatore ad litem non potest agi ratione administratæ curæ. *l. aduersus. & l. rationes. C. de admi. tuto.* Sed cum curatore furiosi potest agi neg. gest. etiam cum negotia gerit, secus est cum tutore pupilli, cum quo non agitur durante tutela. *l. si finita, in princ. iun. §. cum furiosi, alias fin. ff. de tut. & rat. dist.* & glo. ibi ponit rationem, quia in curatore nesciremus, vsquequo expectaremus, & illam rationem gloss. dicit ibi notab. Bart. & Bald. vult, quod propterea cum tutore vel curatore pupilli vel adulti, non possit agi, sed cum curatore furiosi vel prodigi, quia in pupillo & adulto est certum tempus, ideo expectandum. Sed in prodigo vel furioso nō est certum tempus, ideo non est expectandum. Et dicit ibi Bal. quod iste tex. est argumentum, quod licet Officiales non debeant syndicari, nisi in fine eorum officij, tamen perpetui Officiales possunt per superiorem syndicari etiam durante officio. Subdens istum text. bene esse ad hoc notandum.

Si ergo ibi potest agi cum curatore furiosi, durante administratione, ex quo incertum est tempus, quando fi-
17 nietur cura in eo, & † licet certum sit, quod morte furiosi finietur, tamen nihilominus dicitur incertū, & ita perpetuum. Idem de officialibus perpetuis, multo magis quando conuentio est facta de nō diuidendo toto tempore vitæ, dicitur perpetuo, & ad incertum tempus facta. Quare non valet huiusmodi conuentio tanquam perpetua. *d. §. si conueniat. d. l. nulla.* præcipue cum communio inducat & excitet discordias. *ll. supra alleg. hoc etiam vult in effectu Sal. si bene ponderetur, in l. iubemus nulli, in pr. n. (mihi, in 2. colu.) vers. sed tunc quæro, post Gul. de Cu. ibi, (mihi, etiam in princ.*
18 *2. col.) C. de sacros. eccles.* Pro hoc etiam bene facit, † quod si aliqui 30. annis, imo 100. si possibile esset, stetissent in communione bonorum communium, quod non petiissent diuisionem, quod nihilominus præscribatur communioni, quo minus possit peti diuisio, & intentari iudicium diuisorium. *Ita tenent Cyn. Guil. de Cu. Bart. & Sal. reprobata glo. ibi in l. 1. §. ad hæc, C. de annu. except. Bart. in d. l. fin. C. commu. [illegible] & Bald. in l. fin. C. finium regun. l. Io. And. in add. ad Spec. in tit. de iudi. in 4. par. §. sequitur nunc ad hoc, vbi valde notab. loquitur Ang. de Are. & D. Ias. in d. §. quadam, Instit. de act. Et est communis opinio, vt dicit ibi Ias. & Bart. vbi supra. Et probatur per fundamenta, de quibus per Cyn. in d. l. 1. & Bald. in d. l. fin. & Ioan. Andr. vbi supra.* Si ergo præscriptione non potest induci, quod duo vel plures remanere coguntur in communione toto tempore vitæ, Ergo nec pacto hoc induci potest, præcipue, cum præscriptio plus operetur, quam pactum, vel saltem ei æquiparetur, *secundum DD. vbi supra.*

Item negari non potest, vt etiam supra adductum est, quod non est alia ratio d. §. si conueniat, & d. l. fi. C. com. diuid. videlicet quod non valet pactum de non diuidendo, & quod nemo inuitus cogitur stare in communione vel societate, quam quod communio solet parere & excitare discordias, maxime inter fratres. *d. l. cum pater. §. dulcissimis. Et per DD. in locis prealleg.* Sed illa ratio non minus militat, quando est factum pactum inter fratres, de non petendo toto tempore vitæ eorum, quam si esset factū per illa verba; Ne omnino fiat diuisio, vel nullo vnquam tempore, vt patet ad experientiam. Ergo dispositio d. §. si conueniat, & d. l. fin. etiam hoc casu locum habet, dato, sicut tamen non est, vt ostensum est, quod verba d. § hoc non patiantur, quia virtus legis non consistit in verbis, sed in mente, & mens & ratio legis idem sunt, cum lex nihil aliud est, quā ratio ipsius legis l. scire leges. *ff. de legib. l. fin. cum vulga. C. de indict. vidui. toll.* Bal. & DD. in l. non dubium, & probat ibi optime, vbi dicitur, quod ita punitur, qui facit contra solam mentem legis, sicut qui facit contra mentem & verba legis. C. de legib. & ideo verba legis restringuntur & ampliantur secundum limites rationis ipsius legis, *secundum Panorm. in c. fin. de rescript.* Nam verba legis & statutorum nō sunt Iudaice intelligenda, inhærēdo cortici literæ, *vt notatur in d. l. Non dubium.* sicut faciunt illi, qui propter verba, nec mirum, in d. §. Si conueniat, ponunt differentiam inter pactum de non diuidendo in perpetuum, & pactum de non diuidendo nullo vnquam tempore, quum vtroque casu omnimoda identitas rationis militet. Ergo etiam eadem iuris dispositio. *l. Illud, ff. Ad l. Aquil. & c. Translato, de constit.* & facit in simili, quod licet in ll. correctoriis non sit licita regulariter extensio ex identitate rationis. *Aut. quas actiones, cum sui materia. Cod. de sacros. eccl.* tamen si ratio legis esset scripta in l. corrigente, licita est extensio ex identitate rationis, *per text. singul. in l. his solis. vers. satis cautum putamus, quem etiam ad hoc alleg. Bald. in d. l. non dubium. Cod. de reuoc. donat. Pau. de Cast. in l. quamuis. C. de fideicom.* Imo † si non
19 esset expressa ratio in l. corrigente, tamē si vnica tantum posset assignari, haberetur pro expressa, *secundum gl. no. ab. & sing. communiter à DD. approba. in d. l. quamuis.* Et nedum habetur pro expressa, imo etiā licita est extensio, *secundum Paul. de Castr & Raph. Cuma. in l. si vero. §. de viro. & Alexan. de Imol. in l. si constante, in princ. ff. solut. matrimo. D. Ias. in d. Auth. quas actiones. (mihi, in 6. colum.) vers. adde idem esset.* Quanto magis hoc procedit in proposito? quum non simus nec in materia correctoria, nec pœnali, sed fauorabili, scilicet ne quis cogatur inuitus stare in communione. Et pro cōfirmatione prædictorum optime facit. Nam vt scitur, inter præfatos dominos principes & fratres, ortæ sunt dissensiones & discordiæ, ratione cōmunionis, prout solent excitare, † ideo licite discedi à communione potest 20
per Ducem A. Nam si esset facta conuentio ad certum & annuatum tempus, propter discordias, aliter posset discedere, & diuisorium iudicium intentare. *d. l. si conuenit. §. fin. & ibi Bart. & DD. ff. pro socio.* Quanto magis in casu nostro, vbi conuentio fuit facta perpetuo, id est, toto tempore vitæ dictorum principum & fratrum. Imo si testator mandasset hæredibus, quod infra certum tēpus non diuiderent bona hæreditaria, tamen possent diuidere ortis discordiis & dissensionibus, *secundum Bal. in d. l. si conuenerit. Et vltimo, prædicta probantur per tex. in l. actiones. §. diximus. & in l. sed & socius, argumento à contrario sensu iuncta glo. ibi. ff. pro socio.* Et reuera, nisi ista procederent, vt etiam supra tactum est, nunquam posset discedi à communione, vigore pacti qualitercunque facti seu concepti, de non petendo diuisio, quod est expresse contra d. §. si conueniat, & d. l. fin. quia quocunq; modo fiat, non transit ad hæredes. *d. l. Lucius. & l. adeo cum simil.* Et sic non est facienda differentia, siue fiat de non diuidendo nullo vnquam tempore, siue toto tempore vitæ, sed solum fit differentia, an tale pactum fiat ad tempus, id est, quinq; vel decem annorum, vel perpetuo, id est, toto tempore

vitæ

tamen adhuc potest ab ea recedere, nec opus est restitutioon in integrum, quæ solom necessaria est, quando contractus minoris de iura valuit, sed potuit per beneficium restitutionis in integrum, ratione minoris ætatis rescindi seu retractari. Sed ex casu nostro talis conuentio, atiam ratiooe minoris ætatis, fuit ipso iure nulla & inualida. Ergo, &c.

Quantum vero ad vltimum, videlicet, an per interpositionem fidei, vel per promissiooem factam per fidem, &c. huiusmodi couuẽtiones fiot validatæ, ita quod prætextu huiusmodi promissionum sub fide, &c. factarum illustris princeps Al. amplius diuisionem petere nõ possit. Et videtur prima facia, quod sic, nam promittere sub fide, vel fidem suam, & iurare per Deum, vel sancta Euangelia, æquiparantur & paria sunt. *per text. ad liter. & ibi bona glo. quod met. causa. Et tex. & ibi opt. gl. de hoc, in c. peruenit. de fideiuss. glo. in cap. pen. de iureiu. Et ita notanter decidit etiam summæ authoritatis vir Io. And. in cap. 1. de sepul. in 6. Referunt & sequuntur Ang. Alex. de Imol. & Moder. in l. 3. §. iurari. ff. de re iud. Io. de Imo. in d. c. peruenit, super fin. glo. (mihi in 6. volum.) ad fin.* 21 Panor. in d. c. ad aures, vbi etiam dicit: † Omnis fidei interpositio fit iuramentum, sed non econtra, & quod sic differunt, vt genus & species. Hinc etiam dicit, quod veniens contra transactionem per fidei interpositionem firmatam, incidit in pœnas, in quas incidit veniens contra transactiooẽ iuratam. Et ita l. si quis maior. C. de transact. etiam habet locum illo casu. *ita deter. not. Spec. in tit. de arbit. in 1. parte Spec. §. fin. vers. sed quid si compromissum, per fides, &c. Sequuntur Io. And. & Ant. de But. in c. cum contingat, de iureiur. Alex. de Imo. & D. Ias. in d. l. si quis maior.* Cum ergo fidei præstatio iuramento æquiparetur, sequitur, quod licet huiusmodi pacta seu conuentiones fuissent inualidæ, tamen sunt validatæ per fidei præstationem, vel saltem huiusmodi fidei præstatio, cum possit sine interitu salutis æternæ seruari, est seruanda. *c. licet mulieres, de iureiuran. cap. quamuis. de pact. in 6. c. cum contingat, & ibi latissime per Cano. de iureiur.* Nec impedit, quod illustris princeps A. tempore prædictorum pactorum fuerit minor: cum Sacramenta impuberum etiam reddant contractum alias de iure inualidum, & vbi non est opus restitutione, validum. *Auth. Sacramenta puberum, secundum communem opinionem DD. ibi, C. si aduer. vend.* Et per consequens huiusmodi fidei præstatio facta sub prædictis pactis à Duce A. cum æquiparetur iuramento, reddit huiusmodi pactum de non diuidendo, vel à communione, seu societate discedendo, alias inualidum, validum & ineapugnabile.

Sed istis non obstantibus, puto in casu præsentis consultationis, non obstante huiusmodi fidei interpositione præfatum D. principem A. nõ teneri in effectu ad obseruationem suæ præstationis seu promissionis fidei. Pro cuius veritate † est sciandum, quod ista paria sint, & à iure 22 æquiparentur, inesse dolum ex proposito, vel reipsa. *l. si quis cum aliter. ff. de verb. obl. l. 2. §. circa. ff. de except. doli.* Ideo cum iuramentum non obliget cum effectu, interueniente dolo. *d. c. cum contingat. & d. c. quamuis.* debet etiam intelligi de dolo re ipsa. Hinc singul. dicit Pet. de Anch. in d. c. quamuis de pactis, in 6. debere limitari tex. in d. Auth. Sacramenta puberum, scilicet quod non procedat, quando euidenter constat, adultum esse reipsa enormissime læsum, vltra dimidium, *iuxta l. 2. C. de rescin. vend. Idem vult in d. c. cum contingat, & in sua dispositione. incip. C. Laicus.* Et qood d. Auth. non habeat locum data enormi læsiona, sed quod non obstaote iuramento, possit peti absolutio, vel relaxatio à iuramento, & per consequens, isto casu iurans cum effectu, non obligatur, *est communis opinio DD. quam tenet Anto. de But. in d. c. cum contingat. Pet. de Anch. vbi supra.* Idem firmat Pet. de Anch. in cons. 81. vbi inquit, quod fragile est minoris ætatis consilium. Et ideo vbi in obligationibus apparet læsio re ipsa, & iniquitas, non habet locum Auth. Sacramẽta puberum, & per consequẽs, non seruandum. *c. si vero, de iureiu. Idem vult in cons. 180. & in cons. 341.* Et ad prædicta bene facit, quod not. Bal. in rub. C. de rer. permu. *(mihi, in 2. volum.) post prin. versic. Item quare dona. in fi.* scilicet, quod in Muliere & Minore simplicitas præsumitur, & si iurant, nõ nocet eis: quia cum iuramentum sit captiosum, & iniustum, debet per Episcopum relaxari. Et licet secundum eum, iuramentum repræsentet quem maiorem, non tamen fingit eum prudentem & sagacem, sicut nec mulierem fingit sagacem. Idem vult valde nota. Pan. in cons. 8. *incip. Laurentia mulier, in 2. volum. versic. restat ergo examinare tertium, cum seq.* in 2. vol. vbi loquitur formaliter, quod paria sunt, quod dolus interueniat ex proposito, vel reipsa. *d. l. si quis cum aliter.* † Ratione 23 vero doli & enormis læsionis, faciliter remittitur iuramentum, *vt in d. c. cum contingat. & cap. Quinta vallis. de iureiur.* Et si diceremus contrarium, sequeretur, quod iuramentum esset vinculum iniquitatis, & iniustitiæ. *contra c. quanta, de iureiur. & 22. q. 3. per tot.* Hanc opinionem scilicet, quod iuramentum debeat remitti, tenet in fortioribus terminis Fride. de Senis, in cons. ibi per eum alleg. vbi format quæstionem quandam. Statuto cauetur, quod certa concessio siue promissio facta à filiofa. sine consensu patris, ipso iure non valeat, etiamsi iuratum fuerit, & quidem filiusfam. hoc non obstante, promisit & iurauit, concludit D. Fridericus iuramentum fore obligatorium. Sed quia recipiens iuramentum, fecit contra prohibitionem statuti ciuitatis ex causa facti, cui obtemperare debuerat, & non contrauenire. *d. c. quæ contra, & 11. q. 3. c. qui resistit.* Nec ex transgressione debet reportare commodũ, sed potius puniri, potest compelli recipiens ad relaxationem iuramenti, nec in hoc ipse iurans venit contra iuramentum, imo petendo absolutionem seu relaxationẽ, fatetur se ligatum iuramento. Ex quibus patet, quod Fridericus voluit, quod ex sola conuentione statuti quis teneatur relaxare iuramentũ, nulla alia allegata deceptione, fortius debet relaxari iuramentum, quod fuit præstitum, obstante lege communi, cum grauissimo præiudicio siue damno minoris iurantis: Idem volunt expresse Inn. & Io. And. in d. c. cum cõtingat, vbi dicunt, quod mulier iurans in termino d. c. potest instare vt absoluatur à tali iuramento, quia contra prohibitionem legis consentit, & ita consuluit Frid. de Senis, cons. 264. Idem Pan. post prædicta omnia, ita decidit, in cons. 107. *incip. Iesu Christi redemptoris præsidio ex corde inuocato, &c. (mihi, in 2. volum.) versic. restat nunc examinare*, in 2. vol. vbi dicit, quod quando iuramentum turpiter est receptum, debet relaxari, *vt legitur & notatur in c. debitor, de iureiur.* † Dicitur autem, secun- 24 dum eum, etiam turpiter receptũ ex multiplici capite. Primo, quando est receptum contra legem disponantẽ, quod ibi exemplificat in terminis suæ consultationis, scilicet vt absque insinoatione non fiat donatio, excedens summam 500. aureorum. Item si interueniat magna læsio, & sic dolus saltem reipsa, *vt d. l. si quis aliter, vt ibi latius per eum. Idem vult etiam notab. Pau. de Castr. in consil. 178. incip. contra superius consulta. Et pulchre Alexan. de Imo. in l. stipulatio hoc modo concepta, (mihi, in 3. volu.) versic. tertio limita, cum princip. seq. ff. de verb. oblig.* Et sic istis casibus iuramentum est remittendum, vel obtinendo absolutionem ab Episcopo, vel compellendo recipientem ad relaxationem, vtrunque enim iuris remedium est æque principale, *vt formaliter tenet Ioan. And. in add. Spec. in tit. de iureiur. super rub. Ant. de But. in d. c. 2. Panor. in d. cons. 8. ad fin. & dicit in d. cons. 107.*

quod illa sit communis opinio, & Philip. Dec. famosissimus atate nostra iurecon. in cons. 45. incip. Quod supra mature. communem opinionem esse, quod Auth. Sacramenta puberum, non habeat locum data enormi læsione, à qua maxime recedendum est, per vulga.

Nunc ad propositum concluditur, cum sæpe præfatus Dux A. tempore huiusmodi conuentionum fuerit minor, & inter fratres minor, virtute earundem perpetuo priuatus esset regimine seu gubernatione, vel administratione regiminis, quod in maximum præiudicium & vilipendium honoris suæ illustr. dom. quare debet saltem re ipsa non solum enormiter, imo enormissime deceptus & læsus fuisse ea huiusmodi conuentionibus, & est multo plus, quam si in maxima pecuniæ quantitate læsus fuisset, cum hoc etiam, vt adductum est, tendat in vilipendium honoris sui, scilicet, quod sit Dux & Princeps sine regimine & administratione, præsertim cum hodie ex generali consuetudine & obseruantia in Alemania filii Ducum vel Principum æqualiter succedant in regimine, vt patuit ex adductis & allegatis supra in 1. Artic. Ex quibus euidenter infertur, suam illustr. dom. propter imbecillitatem ætatis, ad huiusmodi renunciationem diuisionis fuisse inductum, persuasum & prouocatum, præsertim cum tunc, vt adductum est, fuerit Minor, & ea dispositione legis non potuerit prouocare durante minori ætate, ad diuisionem *d. l. inter minores, de prædiis minor. d. l. si pupillorum, in prin. ff. de rebus eorum.* Ideo vt perpetuo remoueretur à gubernatione & regimine, & medio prouocationis ad diuisionem, & ita etiam adueniente legitima ætate, fuit ad huiusmodi conuentiones inductus, & ita enormissime læsus, quare si huiusmodi pacta siue conuentiones iurasset per Deum, vel sancta Euangelia seruare, posset nihilominus petere absolutionem ab Episcopo, vel petere, quod illustris Princeps H. relaxarat, qui ad hoc de iure, vt ex supra ostensis probatur, compelli ab Episcopo, vel ab Imperatoria Maiestate posset. Nec obstat d. c. cum contingat. & d. Auth. sacramenta puberum, in verbo, Inuiolabiliter obseruari, quia

25 ille † qui petit absolutionem in casibus, in quibus potest, vt hic, non venit contra iuramentum, imo illud obseruatur, *vt in d. c. 1. & c. si vero, de iureiur.* Item secundo procedunt illa iura, quando vltra prohibitionem non venit alia deceptio, saltem re ipsa & enormis læsio, sicut in casu nostro contingit. Ita dicit Panorm. in finalibus verbis d. cons. 7. & pulchre Alexand. in d. l. stipulatio hoc modo, (*mihi, in princ. 4. colum.*) vbi loquitur in terminis, in quibus minus præiudicium inferebatur iuranti. Quanto magis huiusmodi fidei interpositio siue præstatio Ducis A. qui non iurauit, relaxare debet, & etiam dato, quod æquiparetur iuramento, tamen multo facilius relaxatur, quam iuramentum, cum veniens contra iuramentum, multo acrius puniatur, quam veniens contra fidei præstationem, *secundum glo. notab. in c. penult. communiter approba. de iureiur. Ioan. de Imol. in d. c. peruenit, de fideiuss. & Dominum de Rota deci. 138. in antiquis*, potissimum etiam, cum nemo Doctorum dicat, quod Authent. sacramenta puberum, habeat locum in Minore iurante, sed sub fide solum promittente. *Imo*, si bene ponderetur, Doct. in Auth. communiter volunt, & præsertim ibi Bald. in 1. quæst. contrarium. Præterea pactum de non diuidendo, etiam à maiore factum, non potest effectualiter iuramento validari, vt pulchre per Alexan. de Imo. qui in terminis nostris, vt supra satis copiose ostensum est, loquitur in d. cons. 18. in 2. volu. vbi præcise loquitur, quando alius debeat esse perpetuus gubernator, &c. Quanto magis non habet locum in proposito casu, vbi huiusmodi pactum fuit factum cum Minore, & nullum interuenit iuramentum, imo posset probabiliter dici, quod si in casu proposito illustris Princeps A. per Deum iurasset, non contrauenire, quod tale iuramentum esset ipso iure nullum, nec egeret aliqua absolutione. Pro cu-

ius euidentia † est sciendum, quod iuramentũ, quod ac- 26 cedit contractui bonæ fidei, est bonæ fidei, & illud quod accedit contractui stricti iuris, est stricti iuris. Et hoc probatur per similitudinẽ pacti in continenti appositi: nam si apponitur contractui bonæ fidei, parit actionem præscriptis verbis, quæ est bonæ fidei. *l. nisi. C. de pact. int. empt. & vend.* Si vero accedit contractui stricti iuris, est stricti iuris, *vt not. in l. iuris gentium. §. quinimo. ff. de pact.* quia principale influit in accessorium, secundum suam quantitatem, quam habet ab initio, *vt notatur in l. certi condictio, in prin. ff. si cert. pet.* Ex quo infertur, quod cum societas, siue quod aliquis debeat in communione viuere, perpetuo sit contractus bonæ fidei, si dolus dedit ei causam, ipso iure non tenet, nec est necesse, quod per Episcopum fiat, quod ipso iure factum, id est, remissum est. *l. adigere. §. quamuis. ff. de iure patronatus.* Cum ergo in casu nostro huic conuentioni siue pacto de non diuidendo, ex quo inducitur perpetuo commonio, dolus saltem re ipsa dederit causam, vt minor ætas, enormitas læsionis, ac personarum proximitas testificantur, *vt l. de tutela. Cod. de in integ. rest.* & vbi enormitas læsionis est in aperto, ibi præsumitur dolus, *vt eleganter not. Bart. in alia materia, in l. penult. ff. de prat. stip.* Et valde magistraliter decidit & determinat Bal. in consil. 215. *incip. Punctus ta'n est*, in 1. parte, & ibi solum loquitur de societate contracta ad 10. annos. Sequitur quod Dux A. seruare non tenetur, si iuramentum etiam interuenisset, multo minus iam, cum nullum iuramentum interuenerit, sed sola fidei præstatio. Quæ optime etiam confirmantur. Nam quando contractus vel pactum potest expugnari, tam ex priuilegio minoris ætatis, quam alia ratione, vt quia Minor vẽdidit rem immobilem sine decreto, & cum hoc fuit deceptus vltra dimidium iusti precij. Isto casu potest dicere contractum nullum, tanquam minor. Item quia deceptus est vltra dimidium iusti precii, etiam si esset maior, posset petere ipsum rescindi, beneficio l. 2. C. de resc. vend. Item, si minor fecit pactum de non succedendo, potest dicere illud pactum nullum, sicut quilibet alius, qui esset maior, & huiusmodi pactum non fecisset istis casibus, quando minor simpliciter iurat, non venire contra contractum, potest minor venire contra contractum, sicut quilibet alius maior posset. Nam tale iuramentum solum facit ipsum censeri maiorem, ratione minoris ætatis, & non alia ratione, & ita quod ratione minoris ætatis non posset venire contra, & sic in primo exemplo non posset dicere, contractum nullum, ratione minoris ætatis, sed petere rescindi contractum, beneficio d. l. 2. sicut quilibet maior, qui non iurauit. Nam postquam minor iurat, & iuramentum potest operari, in expugnationem, quam poterat facere, vt minor, in illa tantum operatur, & non extenditur ad aliam quam poterat facere vt maior. Tale enim iuramentum facit censeri ipsum fuisse maiorem, & his terminis contentum, vltra non progreditur, *vt dicit glo. in simili, in l. frater à fratre, in 2. glo. magna. ff. de cond. indeb.* Secus si iurasset non contrauenire, nec ratione minoris ætatis, nec alia ratione. *Ita determinant Bart. & Paul. de Cast. qui dicit ita communiter teneri in d. Auth. Bart. Bald. & Ange. qui dicit hoc esse bene notandum in d. l. 2. C. de rescin. vend.* Cum ergo, vt ex supra adductis patuit, dictæ conuentiones fuerunt factæ à Duce A. tempore minoris ætatis suæ Gratiæ, sequitur, quod potest eas dicere nullas, ratione minoris ætatis. Itẽ põt eas dicere nullas, sicut quilibet alius maior

posset

posset dicere pactum de non diuidendo, factum tempore vitæ, nullum. *d. §. si conueniat.* Sequitur quod etiam si eas vniuersaliter seruare iurasset, quod tamen iuramentum non posset extendi, nisi quod non posset ab eis discedere, ratione minoris ætatis, sed bene sicut alius maior. Multo minus ista fidei interpositio, vel præstatio, potest hoc operari: cum in ea nulla fuerit facta mentio de minori ætate, licet sit generaliter interposita. Ideo ea non obstante, potest discedere de iure à dicta conuentione, dato quod ipsa fecisset eum censeri maiorem, ratione minoris ætatis. Et istud fundamentum sufficit solum pro illustri Duce A. quod forsitan à Consulentib. pro illustri Duce H. non fuit ponderatū, & nisi hoc esset, fuisset magna inæqualitas seruata inter dictos fratres & principes; quia illa bonæ fidei interpositio plus operaretur in Duce A. minore, quam in Duce H. maiore, quod est contra naturam eius, cum etiam iuramentum vinculum debeat esse æquale. Quod aūt plus operaretur, patet, quia abstulisset suæ Gratiæ beneficium minoris ætatis, & etiam beneficium quod competebat cuilibet maiori, qui scilicet potest discedere à pacto, de nunquam diuidendo, facto.

THEMA CONSILII XXXVIII.

Promissio constituendi seruitutem vel vsumfructum, continet in se non solū obligationem dandi, sed etiam faciendi. Et ideo post moram tenetur promissor ad interesse.

SVMMARIA.

1 *Promittens seruitutem constituere, dicitur promittere dare, scilicet seruitutem constituere. Item factum, scilicet patientiam.*

2 *In obligationibus dandi, ratione moræ, non succedit obligatio ad interesse. Secus in obligationibus faciendi.*

CONSILIVM XXXVIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Illustris princeps Dux G. habens sub se feudum Comitatus seu Baroniæ, quod recognoscebat à sua Celsitudine in feudum Generosus Comes G. de L. qui cum non haberet filios, nec etiam agnatos, tale feudum post obitum eius erat recasurū ad præfatum illustrem Principem G. Cum autem prædictus Princeps G. promisisset in euentum, quo tale feudū suæ Celsitudini aperiretur, constituere in dimidia parte Baroniæ vsumfruct. generosæ Dominæ A. relictæ generosi Comitis G. de L. Et totum Comitatum postea concessisset fratri suo, illustri Principi H. Inde materia dubitationis suborta est. Primo, vtrum prædicta Domina A. mortuo iam generoso Comite G. de L. possit agere ex promissione, ad constituendum vsumfructum.

Secundo, vtrum Dux G. feudo iam alteri concesso, possit se liberare illa obligatione seu promissione vsusfructus dimidiæ partis, præstando interesse.

Tertio, vtrum Duci H. purificata conditione concessionis, prædicta promissione vsusfructus nō obstante, sit nata actio cōtra Ducem G. ad tradendam Baroniam. Et harum quæstionū decisio ordine ex sequentib. patebit.

Et primo est clarum, quod seruitus vsusfructus potest nedum ex testamento, sed etiam ex contractu cōstitui, & ita quod contra hæredem testatoris actio ex testamento, vel contra promissorem actio ex eo contractu pro constituendo vsufructu competit. *l. 3. in prin. & §. 1. ff. de vsufruct. §. 1. cum simil. Inst. eod. titul.* Et sic si illustrissimus Princeps, Dux G. &c. nondū constituisset vsumfructum prædictum generosæ Dominæ A. relictæ generosi Comitis G. de L. in Christo defuncti, teneretur ei ipsum adhuc ex suæ Celsitudinis promissione constituere, &c. Et hoc est sine dubio, cum contractus & promissiones ex post facto sint necessitatis *l. sicut, cum simil. Cod. de act. & obl.* Quare concessio der Herrschafft P. postea facta à Duce G. fratri suo, etiam illustriss. principi Duci H. in euentum conditionis, scilicet mortis præfatorum Burggrauiorum H. & G. sine hæredibus masculis ex corpore ipsorum, nō potuit præiudicare constitutioni vsusfructus prius promissi præfatæ Do. A. &c. Et hoc est sine dubio. Item & secundo arbitror; illustriss. principem Ducem G. de iure posse se obligatione, qua scilicet tenetur præfatam Do. A. pati vti frui dimidia parte der Herrschafft P. liberare, præstando scilicet ei interesse. Cum promissor vsusfructus, vel alterius seruitutis, teneatur etiam ad factum, *secundum glo. in l. 2. §. & horum omnium, alias 1. in verb. Viam. in prin. ff. de verb. obl.*

Et † est vera & magis communis opinio, contra Vltramontanos, quod seruitutem promittens dicitur promittere dare, id est, constituere seruitutem. Item factum, id est, præstare patientiam vsufructuario vti rebus, in quibus vsusfructus constitutus est, ita scilicet, quod non solum datio, id est, constitutio vsusfructus, vel alterius seruitutis, sit in obligatione, sed etiam factum, id est, patientia, *tenent post glo. in d. l. 2. in §. 1. Bar. Ang. Ioan. de Imo. And. Ro. Alexan. de Imo. & D. Ias.* Bald. & Ang. in d. l. . §. dare. ff. de vsufr. vbi est text. ibi. Dare autem intelligitur si induxerit in feudum legatarium, eumve vti frui patiatur. Nā in quantum dicit dare, patet, quod obligatus ad vsumfructum, tenetur ad dandum. Item tenetur ad factum, quia tenetur pati vti, vt ibi. *Idem tenet Bald. in l. corruptionem. Cod. de vsuf.* Et illa opinio est magis communis, scilicet quod promissor seruitutis non solum teneatur ad donationem, sed etiam ad factum. Et pro ista opinione sunt multi text. vltra d. §. dare. & inter cæteros tex. in l. 4. §. Cato. vbi videtur hoc expressum, ibi scilicet, iter fieri, iunctis aliis verbis, ibi videlicet, neq; id factum, quo cautum l. vbi. §. fundi. vbi habetur, quod is, qui stipulatur vsumfructum seruitutis, dicitur stipulari incertum. Dicit enim tex. fundi certi, si quis vsumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deductum, &c. quòd alia ratio esse non potest, nisi quia in eo venit patiētia, quæ est quid facti, & per consequens incerta, *vt ead. l. vbi. §. qui id quod ff. de verb. obl.* Et pro ista opinione Bar. sunt duo boni text. quos alleg. Alc. de Imo in d. §. & horum, super d. gl. in verb. Viam, in 3. col. scilicet l. qui vsumfructum. §. fin. vbi si legam tibi vsumfructum serui, & hæres meus fuit in mora dandi tibi seruum, & sic tibi non fuit præstita patientia vtendi fruendi, quod agere possis ad interesse. ff. de vsuf. & l. si vsusfructus, mihi in biennium, vbi dicitur; Quod si testator legauerit mihi vsumfructum in biennium, & hæres eius fuerit in mora præstandi mihi vsumfructum, quod datur mihi contra eum actio ad interesse. ff. de vsufr. leg. & sic clare patet, quod qui tenetur ad vsumfr. † tenetur etiam ad factum, cum in obligationibus dandi ratione moræ, non succedit obligatio ad interesse. d. l. vbi. §. fin. cum etiam re perempta agatur ad dandum, licet Iudex ex officio condemnet ad æstimationem *l. si seruum. §. fin. ff. de verb. ob.* Sed in obligationib. faciendi, bene succedit obligatio ad interesse. *l. stipulationes non diuiduntur. vers. Celsus. & ibi Bar. & Legist. ff. eod. tit. l. si quis ab alio. ff. de re iud.* & confirmatur per tex. in l. loci corpus. §. si fundus, ibi. Sed in æstimatione id quod interest, veniet scilicet quod eius interest, qui experiretur. ff. si seruitus ven. & sic est ibi rotundus text. quod etiam re non perempta, ex qua debebitur seruitus, tamen in stipulatione 2

seruiturum veniat æstimatio, & sic obligatio ad interesse. Ex quibus iam cooncluditur, quod ex quo obligatio ad vsumfructum, ex eo capite quod continet etiam factum id est, patientiam, succedat etiam ad interesse, & per cõsequens promissor, soluendo interesse, liberetur ab obligatione dd. ll. Qui vsumfructum. §. fin. l. si vsusfructus, mihi in biennium, cum supr. alleg. quod sereniss. princeps Dux G. præstando interesse, id est, æstimationẽ huiusmodi vsusfructus, liberetur ab huiusmodi obligatione faciendi. *d. l. stipulat. non diuiduntur.*

Item & tertio est indubitatum, quod dies cõditionis, sub qua Dux G. fratri suo, Duci H. concesserit totam Baroniam L. cesserit & ita, quod purificata sit talis cõditio, quod etiã Duci H. contra eum nata sit actio ex sua promissione, ad tradendum scilicet talem Baroniam, vt paret ex illis verbis, der Verschreibung/ scilicet zustellen vnd folgen wöllen lassen vnd sollen. *l. cedere diem. cum simil. ff. de verb. sig.* Nec obstat, quod sua Celsitudo prius dimidium vsumfructum solcher Herrschafft prædictæ Dom. A. in euentum mortis mariti eius, concesserit, & illa conditio prius fuerit purificata: cum etiam res omnino aliena alteri donari vel vendi possit, & valet talis venditio rei alienæ, in præiudicium scilicet vendentis vel donantis, &c. rem alienam, *cum glo. ff. de contrah. empt. & vend.* Imo si Dux G. prius tradidisset possessionem der Herrschafft fratri suo, Duci H. ex titulo dictæ concessionis, illustrissima sua dominatio præferretur Dominæ A. habenti priorem titulum, non curando, an huiusmodi tituli, prior & posterior, sint ex causa onerosa vel lucratiua. *l. quotiens. C. de rei vend.* quum in contractibus regulariter dominium ex solo titulo siue traditione non transferatur. *l. traditionibus. C. de pact.* Imo si res à secundo emptore, cui fuit tradita, fuerit euicta ab habente priorem titulum, habet regressum de euictione, contra venditorem, licet primum emptorem per exceptionem, quia res sibi fuerat primo tradita, repellere potuerit. *d. l. quoties.* Per quæ etiam patet, quod si Duci H. fuisset tradita possessio, & ab eo euicta pro dimidia à Domina A. relicta generosi Comitis G. de L. quod haberet regressum de euictione, ad interesse, scilicet contra Ducem G. Ergo, &c. quę potissimum in præsentiarum procedunt. Nam quum illustrissimus Princeps Dux H. ignorauerit dictam concessionem vsusfructus: quæ quidem ignorantia in facto alieno præsumitur. *l. verius. ff. de probationibus.* Et quando dominus feudi concedit alteri rem alienam in feudum, ignoranti tamen, & res fuerit ab eo euicta, ipse habet regressum contra inuestientem, vel concedentem, vt aliquid eiusdem bonitatis & æqualitatis ei præstetur *c. 1. in prin. in tit. de inuest. in alte. fact. c. 1. §. 1. in tit. si vasal. de feud. ab aliquo interpell. fuer.* Sicut etiam in simili, si testator legat scienter rem alienã extraneo, vel etiam ignoranter coniunctæ personæ; quod hæres teneatur ad æstimationem rei. *l. cum alienam. Codic. de legat.* Et in proposito illustriss. Dux G. fecit dictam concessionem illustri Duci H. in euentum quo tale feudum fuerit apertum suæ illustr. Do. & ita in re propria, in qua solum concesserat vsumfructum formalem pro dimidia præfatæ Do. generosæ, sequitur indubitanter, quod illustriss. Dux G. tempore quo sæpe nominata relicta habuerit vsumfructum pro dimidia, teneatur ex sua promissione, siue concessione Duci H. de Auteis ad interesse, æstimatis scilicet eiuscemodi vsusfructꝰ, cũ in obligationibus facti succedat obligatio ad interesse, vt supra ostensum est, & est tex. ad literam in l. si fundum ff. de verbo obl. vbi dicitur: Si fundum certa die stipuleris, & per promissorem steterit, quo minus eo die præstetur, consecuturum me quanti mea intersit moram factam non esse, *& l. si rem tradi. ff. eo. tit.* In quibus iuribus habetur, quod in obligationibus tradi, vel præstari, tanquam obligationibus faciendi post moram succedat obligatio ad interesse. Imo licet obligatus ad dandum, teneatur præcise ad dandum, ita scilicet, quod ratione moræ non succedat obligatio ad interesse, *d. l. vbi. § fin.* Tamen si res quæ est in obligatione dari, fuerit perempta, vel aliter nõ possit dari, quamuis adhuc non possit ad interesse agi; tamen Iudex ex officio condemnabit ad æstimationem. *d. l. si seruum. §. fin.*

THEMA CONSILII XXXIX.

Testamentum patris inter liberos, quibus sõlennitatibus conditum valeat.

SVMMARIA.

1 *Priuilegium alicui concessum, intelligitur secundum qualitatem personæ, cui conceditur.*

2 *Ad hoc vt schedula seu scriptura priuata patris, voluntatem eius vltimam inter liberos probet, quæ requirantur.*

CONSILIVM XXXIX.

DOmini nostri Iesu Christi auxilin suppliciter implorato. Casus talis est: Generosus Comes H. de L. cum filios masculos non haberet, ex speciali concessione ab illustri principe G. Baroniæ, seu Comitatus sui domino directo obtinuit priuilegium seu gratiam, de bonis suis feudalibus disponendi, alienandi, & etiam conferẽdi in filias. Cum igitur decedens reliquerit quandã chartam seu scripturam priuatam, quæ sine omnibus solennitatibus requisitis, continet quandam dispositionẽ vltimæ suæ voluntatis in filias; Quæritur, vtrum valeat vt testamentum patruum conditum ioter liberos. Et respondetur, quod non. Et pro aliquali declaratione veritatis supra datæ responsionis, videtur prima fronte, & in hoc consistit etiam substantia huius articuli, quod tale testamentum præfati Comitis inter filias suas, licet nõ interuenerint solennitates à iure requisitæ, sit validum, cum pater testando inter liberos, non teneatur seruare solennitates iuris ciuilis. *l. hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testam. l. fin. C. famil. hercis.* Et hoc videtur confirmari in proposito. Nam ex quo illustr. Dux G. concessit facultatem alienandi generoso Comiti H. quod pro voluntate sua possit disponere de dictis bonis feudalibus etiam conferendo ea in filias suas; Sequitur, quod huiusmodi priuilegium intelligatur concessum prædicto Comiti, secundum qualitatem, & conditionem personæ eius. † Cum priuilegium etiam ab Imperatore concessum, 2 debeat intelligi secundum qualitatem & conditionem personæ cui conceditur. l. si quis. §. sed & si quis fuerit, ibi. & credo, quod iure militari testabitur, vbi dicitur, quod si militi ex delicto damnato concessum fuerit, quod testari possit, quod poterit iure militari testari, & ita secũdum qualitatem & conditionem personæ eius, tanquam militis. ff. de iniust. rupt. test. *& est glo. nota. in l. si quis in princip. in verb. Factionem, in 3. part. ibi. Item contra. ff. de iniust. test. Inn. & Panor. in c. pastoralis, in fi. de donatio.* Sic in proposito Dux G. concedendi Comiti H. de L. facultatem conferendi prædicta bona, etiam per viam vltimæ voluntatis, siue testamenti, in filias suas, videtur eam concessisse secundum qualitatem & conditionem personæ eius, & ita tanquam prius disponentis inter liberos, & per consequens, quod potuerit testari inter filias, vt pater sine scilicet solennitatibus iuris, *d. §. ex imperfecto.* Sed sublato isto fundamento, quod tamen fortiter videtur stringere pro filiabus Comitis H. &c. claret responsio prædicta.

Quod

Quod autem hoc fundamentum, quod scilicet habet, quod pater possit sine solennitatibus iuris inter liberos suos testari, vel aliam vltimam voluntatem de bonis suis in ea disponendo condere, & quod tale testamẽtum imperfectũ, quo ad liberos, valeat. *d. §. Ex imperfecto*, imo schedula priuata continens voluntatem patris. *Auth. Quod sine. C. de testa.* in proposito nostro non obstet, à sufficienti partium enumeratione ostenditur, quia nihil allegatur ad fundandam, seu probandam vltimam voluntatem Comitis H. inter filias suas, quam prætensa schedula. Sed † ad hoc, vt schedula vel scriptura priuata probet voluntatem patris, & ita quod valeat, requiritur, quod alterum ex tribus sequentibus interuenerit; Aut quod talis scriptura seu schedula priuata sit tota scripta manu patris. Nam isto casu non requiruntur aliqui testes, quo ad liberos. *§. Nos igitur, in Auth. de test. interpret. col. 7. d. Auth. Quod sine. C. de test.* & si est dubium, quod talis scriptura sit scripta manu patris, & negetur scriptura patris, debet probari per duos testes, *secun. gl. in §. 1. in verb. Diuisionem, in Auth. de testa. imperfect. secun. Bald. Fulg. & D. Ias. in d. Authen. Quod sine.* Aut talis scriptura non est scripta manu propria testatoris, sed alterius, tamen subscripta manu patris vel liberorum, licet non habeat testes, probat. *Casus est ad literam, in Auth. Si modo, & in corpore vnde sumitur. C. Famil. herc.* Aut talis schedula, quæ reperitur in capsa patris, est sine testibus, & manu eius non scripta, nec ab eo, nec à liberis subscripta. Tunc licet etiam reperta fuerit in custodia patris, tamen non probat vltimam voluntatem patris, etiamsi fuerit scripta manu Notarij, *secundum Bald. & Paul. de Castr. in l. Si is. ff. de testa. Pet. de Anchor. & Innoc. in c. 2. de test. & dicit D. Ias. in d. Auth. Quod sine, quod ita magis communiter concludatur.*

Et per hoc præfati Doct. reprehendunt in specie decisionem Bart. in l. Fideicommissa. §. 1. ff. de lega. 3. Quod si in scripturis Notarij reperiatur aliqua scriptura, quæ dicat, hoc esse testamentum tale, & non sit subscripta testibus, quod forte valeat inter liberos. Sed isto tertio casu, quando scriptura non est scripta, nec subscripta à patre, vel eius liberis ad hoc, vt valeat, requiritur, quod in ea sint duo testes, vel quod per alios duos testes probetur, *d. §. Ex imperfect. cum ibi not. & secundum dd. in d. Authen. Quod sine.* Et licet in dicta schedula, quæ ẽt sic intitulata est, reperiãtur duo testes, tamen alter, scilicet generosus Baro de H. non sit idoneus, cum esset testis principaliter & directè, vt patet, in rem suam. Quare eius testimonio non creditur. *l. Omnibus, cum simil. Cod. de test.* & sic ille testis penitus nihil probat, & per consequens habetur pro nullo, & sic nihil obstat §. Legatarijs, Instit. de testamen. vbi legatarius potest esse testis in testamento, quia ibi commodum testamenti non pertinet principaliter ad legatarium, sed ad hæredem, &c. Sed hic commodum prætensæ schedulæ principaliter perueniret ad maritos filiarũ Comitis felicis memoriæ, vt patet; Ergo, &c. *per notat. in d. §. Legata. & d. l. Omnibus.* Et prædicta nõ solum procedunt quando pater testatur inter liberos, sed etiam quãdo alio modo confert supremum iudicium in filias, *secundum Bald. in d. Auth. Quod sine* Cum ergo dicta schedula non sit scripta manu ppria Comitis, nec ab eo, nec filiab. subscripta, nec in ea duo testes positi, cũ alter habeatur pro nullo, & sic pro non adhibito, cum paria sint, quem non adhiberi in testem, vel adhiberi, tamen nullitet, & iure prohibente, per vulga. Nec possit probari saltem per duos testes idoneos, omni exceptione maiores, quod scilicet sæpe nominata schedula fuerit scripta de speciali mandato domini Comitis; Sequitur a sufficienti partium enumeratione, quod est bonum argu. in iure, cum generosus dominus Comes elegerit viam vltimæ voluntatis, siue supremi iudicij, disponendo scilicet in eo de prædictis bonis feudalibus inter filias, & tamen non seruauerit vnam ex formis seu solennitatib. supra enarratis, quod talis vltima voluntas seu supremum iudicium; de iuris rigore, nihil valeat.

THEMA CONSILII XL.

Quòd virtute pacti de retrouendẽdo, vẽditor possit rẽ oblato precio, à quocunq; possessore vel detinente, vendicare. At in hac materia videndus Alex. de Imol. in Consil. x. in I. volumin. vbi plura decidit in contrarium. Et Ias. in l. Ab empt. ff. de pact. sed eorum fundamentis est responsum in alio Consilio.

SVMMARIA.

1 *In pacto legis commissoriæ, & adiectionis in diem, dominium ipso iure redit in venditorem.*
2 *In actionibus alternatiuis, electio est actoris.*
3 *Heres & defunctus, censentur eadem persona, iuris fictione.*
4 *Omnia iura defuncti transeunt in hæredem, actiue & passiue.*
5 *Semper attendenda conclusio libelli.*

Casus talis est:

Quidam ciuis V. nomine Balthazar, vendidit quoddam prædium Fraternitati sacerdorum Ecclesiæ Parochial. Beatiss. Mariæ virginis eiusdem oppidi V. pro certa summa pecuniæ, pacto addito, vt posset retroemere quocunque tempore voluerit, oblato precio. Sed isto B. dehinc defuncto, precioq; per eundem non oblato, eadem Fraternitas vendidit idem prædium cuidam Ottoni Z. de oppido H. ciui, pro eadem summa. Quæritur vtrum dehinc frater & hæres dicti Balt. possit virtute huiusmodi pacti de retrouendendo tale prædium, oblato prius precio, à D. Ott. Z. emptore vendicare. Et dicitur & respondetur, quod possit, & quod rite & recte instituerit contra eum actionem in rem, oblato precio. Et istud est clarum, & in iure fundatum, vt hic subiicietur.

CONSILIVM XL.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Ista responsio primo patet, per text. in l. Si cum venderet. ff. de pig. act. vbi creditor, cui res pignori data à debitore fuerat, debitore non soluente, vendidit rem illam pignoratitiam alteri apposito pacto, quod si debitor emptori precium redderet, liceret ipsi pignus recipere. Dicit enim ibi Iureconsultus, quod debitor offerens precium venditori, possit rem vendicare. Et per illũ text. infert ibi expresse Paul. de Cast. quod debitor offerendo precium, possit rem vendicare à quocunque possidente, etiamsi primo emptori non obtulisset precium, antequam secundo vendidisset. Et ita dicit se consuluisse, licet multi tenuerunt contrarium, & male, quia primus emptor nõ potest secundo vendere, nisi rem suam, &c. *l. Ex vectigali. ff. de pig.* Et nihil obstat T. dehinc Actori, quod B. frater suus, in vita sua non obtulerit precium fraternitati, vel O. prædicto.

Secundo probatur per tex. cui non potest responderi, nisi cauillando & diuinando in l. Voluntate. §. Creditor. ff. Quib. mod. pig. vel hypoth. soluatur. vbi dicitur: Quod si creditor pignus distraxerit, & a venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus fuerit, dominium ad venditorẽ reuertitur. Idemq; est in omnib. si cui cõcessum est

rem alienam vendere. Non enim quia dominium transfertur, ideo ab emptore ius recipitur, sed in pristinam causam res redit, soluta venditione. Item per tex. in l. fi. C. de legib. vbi est tex. quod etiam legatum vel fideicommissum, relictum alicui ad tempus certum, finito tempore redibit ipso iure ad hæredem.

Præterea hoc confirmatur vltra tex. supra alleg. Nam
1 idem † in pacto legis commissoriæ à partibus apposito, videlicet, quod si non soluatur precium certo die, res sit inempta, & contingat partem non soluere die statuto, emptor ipso iure desinit esse dominus, & dominium ipso iure redit ad venditorem, adeo, quod ipsi venditori competit rei vendicatio contra possidentem vel detinentem. Idem si vendit cum pacto adiectionis, in diem, scilicet, quod aliquis alius attulisset venditori meliorem conditionem infra certum tempus, res esset inempta: & contingat meliorem conditionem offerri infra dictum tempus, ipso iure redit dominium ad venditorem, & contra quemlibet detinentem datur sibi actio ad rem vendicandam. *l. Si quis huc. l. 1. ff. de rei vend. l. Commissoria. ff. de pactis inter venditorem & emptorem. l. fin. ff. de lib. commisso.* Cum ergo videtur eadem ratio, de retrouendendo pacto in fauorem venditoris, sicut pact. legis commissoriæ, vel adiectionis in diem; Ergo debet et iuris positio esse. *l. Illud. ff. l. Aquilia. c. Inter corporalia. extra de translat. præla.* Quod eadem sit ratio, patet, quia ratio, quare hoc est in pacto legis commissoriæ, est propter frequentiam dictorum pactorum, *secundum Bar. & Ang. in l. 1. ff. de donat.* sed constat, quod pactum de retrouendendo hodie est magis in vsu. Ergo, &c. *Idem est de mente Raphaelis Cu. in d. l. 1. ff. de donat.* Nec prædictis obstat tex. in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi huiusmodi venditori oblato precio datur actio personalis, scilicet ex vendito, vel præscriptis verbis. Quia verum est, quod ex d. leg. 2. venditori huiusmodi precium offerenti dabitur rei vendicatio, siue actio in rem: dabitur tamen eadem ex aliis legibus supra alleg. *scilicet, ex l. Si cum venderet, & §. Creditor.* & hoc sæpissime fit, quod pro eadem re competunt diuersæ actiones, personales & reales, ex diuersis legib. Imo aliquando pro legato competunt legatario tres actiones. Actio s. personalis ex testamento, hypo. & rei vendicatio. *l. 2. & ibi Doct. in l. 1. ff. de leg.* 1. Et sic fuit in electione T. dehinc intentare actionem in rem contra O. Z. tanquam possessorem, & detinentem sæpe dicti prædii, dimissa actione personali ex vendito, vel præscriptis verbis, contra primos emptores, scilicet fraternitatis
2 sacerdotum. Nam † in alternatiua remediorum, siue Actionum, electio est Actoris, *per text. in l. 3. §. Et generale. ff. de eo, quod cert. loco. Et per Doct. in l. Cum proponas. Cod. de transactio.* Nec obstat, quod posset in contrarium adduci, videlicet, quod vbi ex titulo, & traditione transfertur dominium, tunc etiamsi postea rescinditur titulus, non transfertur dominium ipso iure, vt actio in rem competat aliquo domino contra possessorem, vel detinentem, secus vbi ex solo titulo sine traditione transfertur dominium ipso iure, per gl. fin. in fin. in l. fi. C. de inuit. donat. Nam ad hoc respondeo, quod illa glo. præcise probat contrarium, si bene masticetur.

Nam ibi glo. in fi. quærit, quæ res competat pro reuocanda donat. inofficiosa, in casu, in d. l. 1. Et respondendo decidit, quod primo sit proponenda querela inofficiosæ donationis, qua prolata datur vtilis in rem vendicatio, licet non omnino, sicut dicit glo. ibi, in querela inofficiosi testamenti, quia ipso iure desiit hæres esse dominus per prolationē querelæ inof. testa. secus in querela inoff. do. &c. Et tamen nihilominus gl. ibi vult, quod datur rei vendicatio ante retrotraditionē solo titulo, sc. donationis rescisso. Ergo idem in proposito nostro annullato titulo venditionis per oblationem precii, virtute pacti de retrouendendo, dato, quod non omnino sit ante retrodationem dominium translatum in venditorem, venditori datur rei vendicatio saltem vtilis. Et sic illa gl. probat oppositum illius, ad quod tenentes cōtrarium eam adducunt, & per consequens patitur cōtra eos retorsionem. Item determinant & dicunt expresse Petrus, Cy. & Ang. in d. l. 1. quod secuta victoria in querela inoff. donat. agatur directa rei vendicatione, quia rescissa donatione, donatarius ipso iure perdit dominium: Et sic illa gl. male allegatur per tenentes contrarium, ad eorum opinionē, quia licet ex donatione etiam inofficiosa, & traditione inde secuta transfertur dominium, & non ex solo tit. vt ibi, tamē rescisso solo titulo per querelā inoff. donat. datur vendicationi, secundum gl. vtilis rei vēdicatio, vel secundū Petrū, Cyn. & Ang. ibi directa. Nec valet responsio tenentiū contrarium, data ad d. l. Si cum venderet. ff. de pig. act. quod sc. ibi loquatur in venditore, qui non erat dominus, scilicet in creditore, qui vendendo pignus, non videtur transferre dominium, sed ius pignoris tantum, quia illa responsio confunditur, & omnino tollitur, *per tex. in d. l. Voluntate. §. Creditor. ff. Quib. mod. pig. vel hypoth. soluat.* Nam clarum est, quod si cuidam à domino concessum est rem alienam vendere, quod vendendo & tradendo, dicitur transferre dominium. Et tamē tex. vult ibi expresse, quod resoluta vend. res redit in pristinam causam. Et sic patet, quod tex. in d. l. Si cum vēderet, concedendo ibi oblato precio, rei vendicationem venditori, non ponit rationem pignoris iuris mysterium, nec quo ad pign. actionem. Nec est bona responsio, quæ datur per tenentes contrariū, ad d. l. Voluntatem. §. Creditor, quod ibi de necessitate intelligatur, quod non fuit rescissus titulus, sed etiam fuerit res tradita vel restituta venditori. Quia ista responsio maxima deuiat ibi, cum nullibi ex text. de traditione apparere possit, sed est text. rotundus, quod rescissa venditione per redhibitoriam, dominium reuertitur ipso iure ad debitorem siue venditorem, & nihil dicit de traditione. Ergo idem, & multo fortius in casu isto rescissa venditione per oblationē precii, virtute pacti de retrouendendo, transit dominium ad primum venditorem, & ita in casu nostro ad T. D. vt intentare possit actionem in rem saltem vtilem: quia iuris fictione D. T. dicitur vna & eadem persona cum fratre B. defuncto. Nam † hæres & defunctus eadem persona iuris fictione censentur, *in Auth. de iureiur. à mo. prest. in prin. colum. 5. & per Doct. in l. fin. C. de imp. & aliis substi.* Nec valet responsio, per tenentes contrarium data, ad d. l. fin. C. de legat. Quod ibi loquatur in legato, in quo ipso iure dominiū transfertur in legatarium sine traditione l. A. Titia. ff. de fur. Nam tollo istam respōsionē, quia ibi est text. quod legata, & fideicommissa temporalia, post repletum tempus, redeunt ipso iure ad hæredes. Ergo etiam in venditione temporali, sc. donec vēditor reemerit, & sic precium abstulerit, offerendo postea precium virtute pacti de retrouendendo à principio appositi, sicut hic, transit res ipso iure in primū venditorem: Quia est bona consequentia regulariter arguendo de contractib. ad vltimas voluntates, & econtra. *d. l. fin. & l. Seruum filij. §. cum quis chirographum, & l. Quæ de legat. ff. de leg. 1. l. Ita stipulat. l. Si ex legati. ff. de verb. oblig. l. Pactum. C. de pact. & vbique per Doct.* Et quod in casu nostro sit intentata rei vendicatio, siue actio in rem peculiaris pro dicto prædio, clare colligitur ex narratis in libello, ex eiusdem conclusione. Nam quod in eo sit mentio petitionis hæreditatis est ideó factum, quod ex prædictis claret, quod sc. T. D. declaretur hæres fratris 3

sui

sui defuncti B. D. quo declarato constat, & ineuitabiliter infertur, quod vbi B. D. si hodie viueret, posset prædium sæpe nominatum vigore pacti de retrouendendo à quocunq; possessore, & detinente, vendicare: & ita iam ab Otthone Z. Ergo hoc idem iam T. D. poterit, & ita dictum prædium tanquam hæres fratris sui, ab eodē Otth.
4 vendicare. Quia † in hæredem transeunt omnia iura defuncti, actiue & passiue, hæres in omnes. *ff. de acq. hær. l. Nihil. ff. V er. sig. l. Hæreditas. ff. de reg. iur. Et in Rubr. C. Vt act. ab hær. & con. hær. veni.* Et sic sequitur, nihil ad propositum esse, quod per aduersarium adductum est, de petitione hæreditatis eorum dominio & possessione, &c. Quia hic Actor petitione hæreditatis petijt se declarari hæredem, quod tanquam fratris sui hæres dictum prædium ab O. vendicare posset, prout ipsius frater potuisset, si superuixisset. Et dato, quod hoc non satispateret ex narratione, tamen satis intelligi potest ex conclusione libelli, in quo tota vis cō-
5 sistit. Nam † semper est attendenda conclusio libelli, nō autem quod narretur. *secund. tritam Theo. Inno. in c. Super literis, de rescript. Quem refert & sequitur Iaf. in l. 4. in fin 3. col. in verf. Item aduerte, quod tota. ff. de eden. Et dicit Bal. in l. Quicquam. §. Vbi decretum. ff. de offi. procon. & leg.*

Quia conclusio libelli astringit narrata ad ea, quæ cōclusiue petuntur. Quia in conclusione stat modus agendi, qui semper debet inspici. *secundum gl. in c. Hoc quippe. 3. qu. 6.* Nam regulariter ex his quæ Actor in conclusione libelli ponit, declaratur qualiter intellexit narrata. *l. Aurelius. §. Sticho, & ibi Bart. ff. de lib. leg.* Item semper debemus fauere Actori ad sustentationem libelli, *secund. Doct. in l. 1. ff. de edi. n. & in c. Examinata, de iud. & multis alijs locis.* Imo Actor potest intentionem suam, si verba sunt ambigua vel obscura, declarare secundum quod sibi est vtilius. *l. Si quis intentione ambigua. ff. de iud.* Ex quibus iam concluditur & infertur, quod optimo iure potest dictum prædium ab O. Z. vēdicare, oblato precio, prout obtulit, & adhuc offert. Et quod O. teneatur huiusmodi prędium restituere, cum refusione expensarum.

THEMA CONSILII XLI.

Quod contra tutorem, non conficientem Inuentarium, & non reddentem sufficientem administrationis suæ rationem, possit iurari in litem &c.

SVMMARIA.

1 *Veritas omnibus præferenda.*
2 *Veritas immutabilis & immortalis.*
3 *Quod designatio rerum facta à defuncto, non releuet tutorem vel hæredem à confectione Inuentarii.*
4 *Inuentarium debet sumere initium ab herede, & non defuncto.*
5 *Qualiter remissio Inuentarii per testatorem tutoris fieri possit, vel debeat.*
6 *Non faciens id ad quod scit, vel scire debet se teneri, ratione officii sibi iniuncti, est in dolo præsumpto.*
7 *Tutor debet conficere librum rationum, continentem expresse & specifice debita & credita, reditus & expensas.*
8 *Qualiter debeat esse compositus liber rationum.*
9 *Contra tutorem non conficientem libros rationum, iuratur in litem.*
10 *Tutor finita tutela, tenetur reddere rationem suæ administrationis.*
11 *Quomodo ratio reddi debeat.*
12 *Minus legitime rationem reddere, & non reddere, parificantur.*
13 *Vbi à iure factum requiritur, debet probari, nec statur simplici assertioni, ita factum esse.*
14 *Vbi opus est facto, verba non sufficiunt, nec factum probant.*
15 *Aliud est rationem reddere, aliud præstitam confiteri.*
16 *Non obstat quietatio, vel liberatio à tutela, quin denuo ratio exigi possit, vbi libri rationis non sunt confecti, nec exhibiti.*

CONSILIVM XLI.

Domini nostri Iesu Christi auxilio supplicitet implorato. Cum in præsenti causa inter curatores ad litem, honestæ Dominæ N. vxoris egregij & strenui viri N. quondam filiæ prouidi Stephani N. Actores ex vna: Et prouidum virum Sebastianum N. Reum altera ex partibus, super ratione tutelæ, vel curæ, &c. coram Illustrissimo principe H. Duce Saxoniæ, &c. vertente, copiose, & ad longum sit ab vtraque parte disputatum, & multa iura hinc inde adducta sint, vt ex Actis patet; Quæritur, quæ sint partes Iudicis in ea, an scilicet in absoluendo Reum; vel in condemnando ipsum, prout petitum est in libello. Ad quod breuiter respondetur, quod ex fundamentis & iuribus pro parte Actricis adductis, tantum apparet, quod nullæ aliæ sint partes Iudicis, quam condemnare prædictum Reum Sebastianum N. ad reddendam scilicet claram & perfectam rationem administrationis suæ, à tempore scilicet XXIIII. Anni, vsque ad XXX. Annum, Actrici sorori suæ. Et quod contra ipsum ob non confectum Inuentarium: Item ob omissionem librorum rationum &c. præfata Domina Anna admitti debeat ad iurandum in litem, quanti scilicet sua interest, &c. salua tamen Iudiciali taxatione. Non obstantibus omnibus prætensis fundamentis, in contrarium citatis, vt euidenter ex Actis colligitur, adeo, quod non esset opus prædicta vlterius confirmare, vt acta clare ostendūt: Tamen vt satis faciam petitioni pro parte Actricis factæ: potissimum ob amorem veritatis, † quæ omnibus præ- 1
ualet & præfertur. *c. Veritate, cum sequen. 8. dist. c. Nuper. de lega. c. Significantibus, de purg. vulg. c. Fraternitatis, de frigi. & male.*

Hinc dicitur, quod licet discipulus debeat sequi opinionem Magistri sui, tamen hoc intelligitur seruata veritate, quæ scilicet præferri debet, *per d. iura.* Et ita etiam in specie dicit Pano. in c. Omnes, de maio. & obed. & in c. 1. in 6. col. an. fin. de postul. præla. alegans ad hoc Arist. Amicus Plato, amicus Socrates, sed magis amica veritas:
† est enim immutabilis veritas, & nunquam moritur, illa 2
scilicet, quæ à seipsa pendet. *l. Sicut. Et ibi Bald. C. de fals.*

Examinabo, omissa tamen omni superfluitate, aliquantulum latius ea, quibus Reus nititur perimere impetitionem Actionis contra eum intentatæ. Nam, vt Acta docent, Reus se principaliter super hoc fundare conatur, & sæpissime in omnibus suis productis repetit, sc. quod Ste. N. pater Actricis & Rei in Christo defunctus, scripserit Inuentariū bonorū suorum in suo testamento, & quod Reus tēpore acceptę administrationis acceperit bona cohæredū suorum, vigore ducalis transactionis, & quod omnia fuerunt notata in scriptis. Item. quod reddiderit sub fine administrationis suæ, tutoribus sororis suæ, Actricis sc. ordinatis & deputatis à Senatu N. rationem sufficientem acceptorum & expositorū, in præsentia amicorum & fratrum, & quod ipsi fuerunt bene contenti, & quod fuerit ab vlteriore redditione rationis administrationis suæ, quietatus & liberatus, tenore scripturæ secundæ cedulę prætensæ secundę diuisionis, desuper confectæ, & iudicialiter productæ, in verbis eiusdem ante finē positis, ita canentibus, Darüber soll kein theil dem andern zuberechnen ferner schuldig seyn / etc. Inferens per hæc se ad aliud Inuentarium, cum sufficienter bona in testamēto paterno & Ducali diuisione descripta fuerint

non

non obligatum fuisse, & quod propterea contra eum, ob omissionem Inuentarii, &c. non possit admitti iuramentum in litem, & per consequens se non teneri ad vlteriorem rationem reddendam, nisi probetur quod in huiusmodi sua ratione interuenerit talis læsio, quæ releuat, vel Actionem perimit, &c. Et quamuis omnia ista prætensa fundamenta sint claris & apertissimis Iuribus nomine Actricis in Actis citatis penitus elisa & radicitus sublata, tamē in sequentib. eorundem peremptio latius patebit. Nam primo falsum est, quod per huiusmodi designationem bonorum S.N. in testamento suo, & in prætensa prima diuisione siue trāsactione ducali, Reus non fuerit obstrictus ad conficiendum Inuentarium legitimum de & super bonis præfatæ Dominæ Annæ, antequam susciperet administrationem bonorum & rerum
3 ipsius. Nam † licet defunctus tempore vitę suæ manu sua propria confecerit Inuentarium, omnes res suas & bona scripserit & tradiderit hæredi, tamen adhuc illa confectio Inuentarij defuncti, non releuaret hæredem a confectione Inuentarij secundum formam a iure præscriptam: Quamuis hæres non possit addere Inuentario, nec detrahere, *vt in Auth. de iureiurando à morienti præst.* Ergo frustra videtur repetere idem per idem, quia sufficit semel. Ita nota. dicit Bald. post Nico. Mata. in l. fi. §. Cum igitur, alias §. 1. *mihi in fi. 6 col vers. Sed audi nouam quæstionem, cum pr. seq.* & ibi Pau. de Cast. *in prin. 3. col ver. Tertium quod requiritur.*
4 Et assignat rationem, † quia Inuentarium debet originem assumere ab hærede, & non à defuncto. Subiungēs Paul. de Cast. ibi: Tene menti pulchrum casum. Nā prima facie quilibet diceret contrarium, maxime si per medium spacium ante mortem ipsum confecerit, &c. *Refert & sequitur pulchre D. Ias. in d. l. fi. in prin. in 3. col. vers. Quarto requiritur. C. de iure delib.* Ita inuentarium tutoris debet assumere originem ab ipso tutore vel curatore, non ab aliquo alio, cum in hoc ratio diuersitatis inter Inuentarium hæredis & tutoris assignari non possit. Nam, vt adductum est, sicut Inuentarium hæredis debet assumere originem ab ipso, ita & Inuentarium tutoris ab ipso tutore, licet in vno requirantur aliæ solennitates, quam in alio: & hoc in terminis etiam vult Bart. in l. In ratione, la 1. §. Quod vulgo. *vers. Quæro, quid si pupillus.* ff. Ad l. Falcid. In quantum decidit ibi, quod si pupillus fecerit Inuentarium, quod hoc nō sufficiat substituto pupillari &c. Et hoc procedit sine dubio, quod Inuentarium pupilli non prodest substituto pupillari, Inuentarium nō facienti, quo ad hoc, quod nihilominus substitutus ipse teneatur ad legata à se relicta in solidum, vltra vires patrimonij testatoris, *secundum Bal. in l. Filium quem habentem, in fi. penult col. vers. Sed iuxta hoc quæro, cum prin. seq C. Famil. hercisc. & in d. l fin. §. Cum igitur, in vers. Sed audi nouam quæstionem, & in l. 1. post princ. in vers. Quæro quid si pupillus fecit Inuentarium. C. de bonis auto. iud. poss. Alex. de Imo. in d. l. In ratione. §. Quod vulgo, in fi. 8. col. vers. Extra gloss. nota.* Quod etiam expresse confirmatur ex decisione Bartol. in d. §. Quod vulgo. *in vlt. colum. vers. Quæro tutor fecit inuentarium,* vbi concludit, quod Inuentarium factum à tutore pro pupillo, cui delata est hæreditas, non prosit pupillo hæredi, vt scilicet videatur hæres, cum beneficio Inuentarij. Et assignat rationem, quia alia solennitas requiritur in confectione Inuentarij ab hærede, quam quæ requiritur in confectione Inuentarij à tutore, *& idem tenet Nico. de Neap. ibi & Bald. in d. l. Filium quem habentem, in vltim. col. vers. Circa sextam quæstionem, cum princ. sequent.*

Quare testamentum Steffani N. piæ memoriæ, in quo descripsit bona sua, &c. non releuat Reum quondam tutorem seu Administratorem Dominæ Actricis a confectione Inuentarij. Quia aliæ solennitates requiruntur in huiusmodi Inuentario tutoris, *de quibus in l. Tutores. C. de admin. tut.* Et sic Bar. in d. §. Quod vulgo, præcise probat cōtra Reum.

Ex quo patet falsius falso esse, videlicet, quod testator intelligatur tutori remisisse confectionem Inuentarij, si in testamento suo descripserit omnia bona sua. Nam licet testator possit remittere tutori Inuentarij confectionem, tamen hoc procedit, quando hoc fit expressis verbis a testatore, vt patet per tex. in l. fi. §. Illo procul dubio, dū in fine inquit: Nisi testatores, qui substantiam transmittunt, specialiter inuentarium conscribi vetuerint. C. Arb. tut. quem tex. ibi in verbo scilicet Vetuerint, decidit ibi not. Sal. quod non sufficiat, quod testator remittit tutori confectionem Inuentarij, sed requiritur, quod expresse testator vetuerit confectionem Inuentarij, & valde not. Ange. de Aret. in §. Præterea, la 1. Inst. de exce. vbi dicit: † Quod istud dictum nunquam exeat mentē tuam, 5
videlicet, quod nisi testator specialiter & expresse vetuerit fieri Inuentarium per tutorē, licet testator releuet tutorem a confectione Inuentarij, non tamen per hoc releuetur, quia nihilominus contra eum ob non confectū Inuentarium in litem iurari potest, *iux. l. Tutor, qui repertorium, in prin. ff. de admi tut.* Subiungens: quod viderit multos præstantiss. in hoc errasse, licet Cy. & aliqui alii dicunt sufficere, quod testator specialiter remittat tutori confectionem Inuentarii, licet non vetuerit, tamen de hoc non est hic insistendum, cum secundum omnes tutor non releuetur à confectione Inuentarii, nisi huiusmodi confectio ei fuerit remissa specialiter, & expresse per testatorem, *d. §. Illo procul dubio, in vers. Nisi specialiter testatores &c.* Sed S. N. testator, nec specialiter, & expresse remisit Reo confectionem Inuentarii, nec etiam tacite ei remisisset, si Ste. N. testator in vita sua fecisset Inuentarium, in quo omnia bona sua manu propria scripsisset. Cū, vt ostensum sit, confectio Inuentarii facta à defuncto in vita eius, non releuet tutorem à confectione Inuentarij. Multo minus releuat ipsum à tali confectione Inuentarij, si testator bona sua solum in testamento suo scripserit, quod maxime procedit in præsenti causa, cum testator S. N. constituerit vxorem suam tutricem testamentariam in testamento suo, & non cogitauit S. filium suum aliquando futurum tutorem filiæ suæ, præfatæ Dominæ Annæ Actricis. Quare nullo modo dici potest, quod ei fuerit remissa confectio inuentarii. Et sic liquido infertur, quod Reo, nec per testamentum patris, nec per prætensam transactionem ducalem, nec diuisionem sit ei remissa confectio Inuentarij. Quare iste casus præcise est comprehensus & in primo, in dispositione iurium disponentium tutorem, vel curatorem, ad confectionem Inuentarii teneri, scilicet d. l. Tutores. C. de admi. tut. vbi dicitur: Tutores vel curatores mox cum ordinati fuerint sub præsentia publicarum personarum, Inuentarium rerum omnium, & instrumenta solenniter facere curabunt, &c. *d. l. Tutor, qui repertorium. ff. eodem titu.* Quod quidem Inuentarium secundum formam in præalleg. ll. præscriptam, tutor debet quam primum potest, conficere, *secun. gl. in d. l. Tutores,* quod in omni tutore, testamentario, legitimo, & datiuo procedit, *glo. est singularis & approbata, in d. l. Tutores,* nisi quod pro tanto procedit, quod etiamsi tutor confecerit Inuentarium, tamen in eo non reperiuntur descriptæ singulæ res, & omnes quantitates pecuniæ pupilli, quod ipse conuincitur esse in dolo, d. l. Tutor, qui repertorium, in prin. cum ibi not. in quit enim ibi tex. Tutor, qui repertorium non fecerit, quod vulgo inuentarium appellatur, dolo malo fecisse videtur &c. & dicit ibi gl. 1. quod ideo sic dictum sit, quia reperta

&inuen-

& inuenta continet, & quia reperta in bonis pupilli ibi describuntur. Imo tutor, si quid post factum Inuentarium bonis additum fuerit, debet etiam ipsi Inuẽtario addere, & diem scribere *l. fi. §. fi. C. de curato. furio. quem §. dic. gl. t. in fi. ad hoc citat.* Item secundo, in dispositione d. l. Tutor, qui reper, in pri. in 2. respon. in quantum ibi disponitur, quod tutor omittens facere Inuentarium ob dolum saltem à Iure præsumptum, teneatur pupillo ad interesse, quantum sc. eius intersit, quod non fuerit cõfectum Inuentarium, ita quod iuretur per pupillum vel minorem in litem, contra tutorem, per quod Iuramentum huiusmodi interesse æstimatur. Nam dicit ibi text. Si quis igitur Inuentariũ dolo non fecerit, in ea conditione est, vt teneatur in id quod pupilli interest, quod ex iureiurando in litem æstimatur. Ex quo ver. iuncto prin. Bart. in d. l. Tutor, qui repertorium, *in prin. mihi, in 4. colum. ver. Venio*
6 *ad secundam particulam*, notat, † quod ille, qui non fecit id ad quod scit vel scire debet, se teneri ratione officij sibi iniuncti, est in dolo præsumpto, *simile secundum eum, in l. Carceri. ff. de custo. reo. l. Si procuratorem. §. Si dolo. ff. mandat.* & ex hoc obligatur ad interesse, vt hic patet. Et sic patet sine dubio, quod nec descriptio bonorum Steffani N. in suo testamento, nec etiam prætensa diuisio, & transactio ducalis induxerunt iustam causam non conficiendi Inuentarium, multo minus iustissimam, *de qua habetur in d. l. Tutor, qui repertorium.* Dicitur enim causa iustissima, quando testatur expresse remittit tutori confectionem Inuẽtarij, *secundum Bar. in d. l. Tutor, qui repertorium, in prin. penult. col. vers. Quæro qua sit iustiß. causa.* potissimum hoc procedit in proposito. Cum Sebastianus N. post lapsum quatuor vel quinq; annorum, post mortem Steffani N. susceperit administrationem bonorum, & rerum pupillæ suæ præfatæ sc. D. Actricis, quo quidem tempore facultates eius
7 potuerunt multum augeri, &c. Præterea † tutores & curatores, vltra confectionem Inuentarij, tenentur etiam facere libros rationum tutelarum, continentes expresse, & specifice debita & credita, redditus & expensas, l. 1. §. Officio, vbi dicitur: Officio tutoris incumbit rationes actus sui conficere, & pupillo reddere. ff. de tut. & rationibus distrahen. & sic est ibi tex. & not. ibi Bal. Quod tutor debet conficere librum rationum, & pupillo reddere, finita tutela. *l. Lucius. la 2. §. Tutela. ff. de admi. & periculo tuto.* Et dicit eleganter Bar. in Consil. 150. *incip. Cum prædicta exam inanti plura alia dubia occurrunt, in fie.* vbi tradit formam
8 talis libri rationũ, & sunt verba Magistri veritatis. † Quæro qualiter debeat esse compositus liber rationum. Respondeo, omnia singulariter debent inseri, vt ex tali fundo, à tali colono tantum, tali anno. Subiungens, non enim debet in genere, in summa poni, & sic, vt possit reperiri veritas, vel falsitas, *vt ff. de condic. & demonstra. l. antepen. C. de suscept. l. Nominem.* Addens si igitur aliter rationem ediderit, non videtur edi, quia intelligi non
9 potest. Et † pro tanto tutor teneatur etiam vltra inuentarium ad confectionem librorum rationis, quod si omiserit conficere libros rationum, quod tenetur pupillo ad interesse per Iuramentum in litem declarandum. *Arg. d. l. Tutor, qui repertorium, secundum Ias. de Aret. in d. l. 1. §. Officio. ff. de tute. & ratio. dist.* Sequitur & refert ibi Bald. & subiungit, quod sit notandum, scilicet quod ita præsumitur contra illum, qui non fecit codicem rationum, sicut contra illum, qui non fecit inuentarium, *& dicit idem tenere Ray. de For. & facit l. Si quis cum falso. ff. de falsa.* Et addit Bald. nota
10 illum casum valde. Item † expeditum est, quod tutores vel curatores, finita tutela vel cura obstricti sint reddere rationem suæ administrationis. *l. Aduersus. l. Rationes. C. de ad v i. tuto. l. Actus. ff. eo tit. l. Nisi, in prin. & fi. l. Si tutor. §. fin. ff. de tute. & ratio. dist.* Et huiusmodi rationem tutores, vel curatores, tenentur reddere clare, perfecte, & legaliter, sine omni fraude & suspicione, secundum formam à iure expressam, quam tradit tex. in l. Cum seruus. ff. de cond.
& demonstra. vbi dicitur: † Quod reddere rationem est 11
primum offerre rationes legendas, deinde computãdas, vt explorari possit, computationes probe an improbe referantur, accepta recte relata, an non recte. Et subiungit ibi tex. in fi. Itaque cũ seruo sub hac conditione libertas testamento datur, si rationes reddiderit, non hanc solam habet significationem, si cautiones instrumentaq; omnia actus sui exhibuerit hæredi, sed & si reliqua soluerit, & bonus tex. in l. Si statutis. §. fi. ff. de statu. libe. vbi tex. definiendo, quid sit reddere rationem, dicit: Rationum autem reddendarum conditio, quod ad reliquam quidem attinet, etiam in danda pecunia consistit, quod autem ad ipsa volumina rationum tradenda, percontandas atq; examinandas rationes, & dispungendas, atq; excutiendas factum habet. Et per prædictas ll. sc. d. l. Cum seruus, & d. l. Tutor, qui repertorium, & l. Argentarius, in princ. §. 1. Ange. in Cons. 186. *incip. Quoniam in facto assertum est mihi, quod ex dictis factis in 2. col. vers. Quinimo, & si quis.* eleganter dicit: Quod si quis diceret, se non composuisse libros rationum, ipse in dolo conuincitur: quoniam nulla ratio gestionis vniuersalis, multa varia & diuersa continens, recte vel probe reddi, videri, aut etiam inspici potest, nisi per ostensionem librorum rationum, & subiungit ibi Ang. quod contra talem in litem iurari possit ratione talis doli. *d. l. Tutor, qui repertorium,* & dicit tex. in d. l. Argentarius. §. 1. ff. de eden. Edi autem ratio ita intelligitur, si à capite edatur, & valde pulchre Angel. in Cons. 177. *incip. Tutor alimentauit pupillum*, in tertio dubio dicit: Quod is qui non composuit librum, & codicem rationum, de his quę peruenerunt ad manus suas, dicitur esse in dolo præsumpto, ad instar tutoris qui inuẽtarium non confecerit, *vt l. Tutor, qui repertorium. ff. de admi. tut.* subiungens: hoc esse generale omnium gerentium negocia aliena, qui tenentur reddere rationes, quoniam rationes reddere impossibile est, nisi ostendatur volumen librorum, in quibus accepta, & data, & introitus, & exitus sint descripta. Hinc subiungit, quod oportet ipsas rationes, & volumina librorum offerre legendas primum, deinde computandas, vt explorari possint computationes, probe an improbe referantur accepta & data, an non recte, & alleg. d. l. Cum seruus, quem tex. dicit optimum esse, prout reuera est, & l. Si ita sit scriptũ. ff. de manu. test. & l. Non solum, adde la 2. §. Is qui. ff. de libe. leg. vbi dicitur: Is qui rationes reddere iussus sit, non videtur satisfacere, si reliquam reddat, non additis rationibus. Addeos ibi Angelus. Nam cum rationem reddi à capite necesse sit, *vt ff. de eden. l. Argen. §. Edi.* quo modo caput, medium, aut finis, rationibus non compositis & redactis in Codicem, poterunt sciri, certe quicquam sciri non poterit. Et ex prædict. infert ibi, ideo in culpa est gestor, si non composuit librum. Imo in dolo præsumpto vt dixi, & ideo probato & liquidato, quod dictus Se. B. negocia illius gesserit, & fructus bonorum suorum perceperit, per se, vel per suos fratres, & sic per hoc constat aliqua esse reliqua, quæ non appareant: ad hæc in litem iurari poterit contra gestorem, taxatione per Iudicem, facienda, considerata quantitate & qualitate illius, cuius bona gesta sunt. *vt l. Qui restituere, cum. gl. ff. de rei vend. d. l. Tutor, qui repertorium. Ista verba Ang refert. & sequitur Socy. & reputat ea valde notanda, in Cons. 159. incip. In præsenti consultatione, præmittens aliqua post princ. vers. Quia non constat ipsum legitime confecisse librum rationum, in 2. parte.*

Cum

Cum ergo, vt ex actis & confessione rei apparet, quod ipse ab anno XXIV. ad XXX. annum gesserit, & administrauerit bona Dominæ Actricis in pupillari eius ætate, vt multoties confitetur, & maxime in secundo producto, in vers. incipienti, Daß aber der Kläger / vbi ponuntur sequentia verba: Daß aber der Kläger dem Beklagten in die gewesen gestalt / daß er Anno vier vnd zwentzig sich der Kläger in vermundtschafft oder güter vnderwunden habe das were en noch gewesen. Iam sequitur cōfessio Iudicialis, Dann er ist solches geständig. Sequitur ex prædictis clare, quod nedum ad conficiendum Inuētarium, sed etiam ad componendum libros rationum; secundum formam & modum à iure, vt supra deductum est, præscriptum, obstrictus fuerit, & quod in defectum illarum contra eum ob dolum suum saltem a iure præsumptum, per Dominam Actricem in litem iurari possit, quod etiam procederet in præsenti casu: Si Sebastianus N. Reus confecisset legitimum Inuentarium, prout tamen nullum fecit, vel si habuisset iustissimam causam non conficiendi, sicut tamen nullam penitus causam habuit, cum omiserit etiam confectionem libri, vel Codicis rationum, ob cuius omissionem solum etiam tutor, vel curator, vel quilibet alius gestor, vel administrator, quocunque titulo b ptizetur, præsumitur præsumptione iuris, & de iure esse in dolo, quod scilicet nihilominus contra eum in litem iurari possit. Quanto magis hoc in præsentiarum obtinet locum: propter multiplicem dolum à Reo commissum: Primo, quod ipse administrauit, antequam ei fuit administratio à Iudice decreta, quam dicit sibi nunquam fuisse decretam, cum tutor vel curator non debeat administrare bona pupilli vel adulti, antequam decreta ei fuerit administratio à Iudice. *l. Tres tutores, in fin. ff. de admi. tuto. l. fin. §. Illo procul dubio. Cod. arb tute.* Ideoque quia non decreta sibi prius administratione a Iudice, administrauit bona pupilli sui &c. dolus eius aggrauatur & fortificatur. Secundo, quod administrauit non confecto Inuentario. Tertio, quod non composuit libros rationum. Quarto, quod non reddidit rationem administrationis suæ, finita tutela, cura, vel administratione, quam etiam rite ac recte sine Inuentario, & Codice rationum, reddere non potuit, vt infra patebit, ad quę omnino copulatiue, vt liquide ostensum est, quilibet gestor negociorum, vel administrator, siue sit tutor, siue quilibet alius tenetur, etiam si ei fuerit administratio à iure prohibita. l. 1. vbi dicitur: Etiam mulieres, si res pupillares pro tutore administrauerint, ad præstandam rationem tenentur. C. de eo qui pro tuto. nego. g. st. Et tamen clarum est, quod isto iure. *C. ante nouissima iura Authenticorum; vt in §. Ex his, in Authen. de hered. ab intest. venien. col. 9.* mater vel auia non poterat esse tutrix filiorum vel nepotum, cum tutela sit virile, & non fœmineum munus. *l. 1. C. Quando mulie. off. tuto. fung.* Et sicut iam primo patet euidenter, Reum esse & fuisse obligatum, non solum ad confectionem Inuentarii, sed etiam ad compositionem librorum & Codicis rationum, & quod propter omissionem vnius tantum cōtra ipsum possit in litem iurari, multo fortius propter omissionem vtriusque, Inuentarii scilicet & librorum rationum. Ita ex sequentibus non minus luculenter patebit, quod Reus Sebastianus N. teneatur, non obstantibus prætensis assertis, diuisione, transactione ducali, quietatione siue liberatione sibi facta à Ioanne N. Etiamsi in tali liberatione essent generaliora verba, quam ista: Darüber soll sein theil dem andern rc. posita, adhuc claram, plenam, & perfectam rationem suæ administrationis Dominæ Actrici, de anno XXIV. vsque ad annum XXX. reddere & facere, & quod ipsa Domina Actrix, ob non confectum tam Inuentarium, quam Codicem rationum, admitti debeat ad iurandum in litem, cōtra ipsum, prout petitum in libello, & in actis deductum est. Nam † non est ignoti iuris, scilicet quod redditio rationis non 12 rite nec legitime, nec sufficienter a tutore, vel quocunque administratore bonorum alterius, facta habetur pro non facta, adeo quod talis tutor vel administrator iterato ad petitionem muneris, vel alterius, cuius bona administrauerit, teneatur reddere claram, plenam, & perfectam rationem curæ, tutelæ, siue administrationis suæ: cum reddere rationem minus legitime & insufficienter, & non reddere, patificantur. *Arg. l. Quoties. ff. Qui satisd. cogant.* Quia sicut dicitur ibi quoties vitiose cautum vel satisdatum: Ita quoties vitiose & ita minus legitime reddita est ratio administrationis, nō videtur reddita. & tex notab. in l. Nulla. ff. de act. tut. vbi dicitur: Nulla differentia est, an non interueniat auctoritas tutoris, an perperam adhibeatur l. Qui per salutem. ff. de iureiu vbi habetur; Quod etiam iuramentum non legitime præstitum, habetur pro non præstito, ideo de nouo iurandum est. Et sic patet per illum text. quando actus gestus est nullus, non impeditur reiteratio eiusdem actus. Hinc decidit ibi Bart. per illum text. in fine, quod testes, qui nulliter disposuerunt, possint iterum recipi, non obstante publicatione, *& idem tenet gloss. in c. Cum causam, quæ inter Archiepisc. quam ibi sequuntur Ce. de testibus. & eil text. in l. 2. in verbo. Rite receptis. Arg. à contrario sen u de testibus.* Hinc etiam in specie decidunt Ioan. And. Archidiac. & Ioan. Mona. cap. 1. de cler. ægrotan. in 6. Quod si coadiutor Episcopi reddiderit rationem, si tamen non plene reddiderit, prout debuit, quod iterato teneatur reddere, *per tex. in d. l. Cū seruus. ff. de condi. & demonst. Refert & sequitur ibi Domi. in fi. d. c. 1. in vlt. col. ver. Quid si coadiutor. Subiungens: Nota bene istud dictum.* Idem tenet Ioan. de Imo. in Cle. Quia contingat, *mihi ad fi n. 7. col. vers. Sed nunquid Rector de religionibus*, & sic maior est vera. Sed asserta redditio rationis administrationis, facta a Sebastiano N. Ioanni N. de administratione siue gestione bonorum hæreditariorum Dominæ Actricis, quondam pupillæ suæ, fuit minus legitime facta, & sic inualida, & ita pro non facta censenda, non obstante quietatione siue liberatione. Sequitur ergo conclusiue, quod ipse iterato, non obstante liberatione siue quietatione, quantumcunque per verba generalia & ampla concepta seu facta, teneatur præfatæ Dominæ Actrici, iamdudum tutela siue administratione finita, suæ administrationis claram, plenam, & perfectam rationem reddere & facere, & quod domina Actrix contra ipsum, ob non confectionem Inuentarij & Codicis, seu librorum rationum, ad iuramentum in litem taxandum per Iudicem, consideratis scilicet & attentis conditione & qualitate personæ eius, & facultatibus Stephani N. in Christo defuncti, & fructib. ex bonis eius post mortem suam perceptis, admitti debeat. Quod autem minor etiam sit vera, imo verissima, patebit clare ex sequentib. Et licet possint multa iura adduci, tamen adducam vrgentiora.

Et primo. Nam iura requirunt actualem redditionem rationis, scilicet quod quis rationes edat, & legendas offerat, computandas, an accepta & data probe relata fuerint, vel non, & reliqua restituat per tex. ad literam in d. leg. Cum seruus, & d. l. 1. §. Officio. vbi dicitur: Officio tutoris incumbit rationes actus sui conficere & pupillo reddere. Cæterum si non faciat, aut factas non exhibet, hoc nomine iudicio tutelæ tenebitur, & per alia iura supra allegata. Et sic claret per alleg. ll. in redditione rationis.

tionis, requirant factum, & in actualem calculationem, facta pupillo, ad hoc vt contingat liberatio. Facit etiam l. si quis ex argentarius. §. Rationem, vbi dicitur: Rationem esse vltro citroq; dandi, accipiendi, credendi, obligandi; &c. ff. de eden. Sequitur ergo quod huiusmodi actus & facta debeant probari, & expresse deduci, & quod in hoc non stetur simplici assertioni tutoris, vel cuiuscunq; alterius. l. Si forte ff de cast. pec. vbi dicitur; Quod si vxor, vel cognatus, vel aliquis alius, non ex castris notus, filiofamilias aliquid donauerit vel legauerit, & nominatim expresserit; vti in castrensi peculio habeat, quod tamen non possit castrensi peculio aggregari, & ponit ibi text. rationem, dicens: Veritatem enim spectamus an vere castrensis peculii notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit. Præterea † vbi opus est facto,
14 verba non sufficiunt, nec factum probant. *capit. 1 ibi*, Licet voluntatem præstandi habuerit, *de eo, qui mitti. in poss. caus. rei seruand. l. Prætor. §. Si quis paratus. ff de no. ope. nun.* Item aliud est rationem reddere, aliud præstitam confiteri, vt in simili, de dote data vel confessata. *l. Assiduis, & quod, ibi no. C. Qui potio. in pig. hab. l. Si quis posthac. C. de bon. damnat. & hoc patet in cap. 1. de rebus Eccles. non alien. lib. 6. & quod ibi notat Petr. de Anchar. in 3. notab. vbi refert & sequitur etiam dicta Bart. in d. l.* Et quod notat Bartol. in l. A diuo Pio. §. Sed
15 si emptor. ff. de re iudi. vbi dicit: † Aliud est recipere, aliud confiteri se recepisse, & plenius ipse notat in l. Si quis debitorem. ff. Si quid in fraud. patro. Et prædicta omnia refert & sequitur Petr. de Anch. in Consi. 330. *incip. Visis facti narratione, copiis testa. vel. &c. in 2. column. in versicul. In contrarium multa faciunt*, inferens: Ecce ergo bona iura & exempla, quibus patet quod non est eiusdem efficaciæ, simplex asseueratio liberationis in instrumento, cuius fuisset visio vel inspectio actualis Codicis rationum. Insuper si in redditione rationum administrationis non exhibeantur libri rationum, quia non sunt confecti, statim apparebit de dolosa administratione. Cũ etiam is, cui legata est liberatio, tenetur ad exhibendum librum rationum. *l. fin. §. Inter cætera, in 1. resp. ff. de libe. leg.* Vbi maior inter cætera legauerat liberto suo liberationem, hoc modo: Et si quid me viuo gessit, rationes ab eo exigi veto, tamen ipse tenetur hæredibus reddere chartas, in quibus rationes conscriptæ fuerint, item reliqua secundum accepta & expensa, per quem tex. dicit ibi Bart. & notat, quod is qui gerit negocia alterius, tenetur reddere librum rationum, *& citat etiam ad hoc ibi d. l. Cum seruus.* Et sic semper peti potest, quod libri rationum exhibeantur & reddantur, & quod reddi debeant, *vt d. §. Inter cætera. & d. l. Si ita scriptum sit, in fi. ff. de manu. testa.* Et hoc etiam pulchre declarat Lud. de Rom. in Consil. 413. *incip. quo ad primum, in quo quæritur, an heredes Iacobi, in princ.* videlicet quod tutor, vel alius, cuius officio incumbat rationem suæ administrationis cõficere, & pupillo reddere: Si enim confecerit, & confectum pupillo non exhibuerit, tenetur tutelæ vel negociorum gestorum iudicio pupillo ad interesse. *C. Arbit. tut. l. Tutores. ff. de tut.* & ratio. dist. l. 1. §. Officio, quem tex. vt ibi inquit Rom. loquentem in tutore, Iaco. de Aret. extendit ad quemlibet administratorem. In qua quidem redditione rationum venit primo, vt chartæ, in quibus rationes conscriptæ sunt, exhibeantur reddanturque, vt ibi latius per eum. Et sic apertissime patet, quod vbi non sunt confecti libri rationum, tutor & quilibet gestor seu administrator bonorum seu negociorum alterius, dicitur esse in dolosa administratione, imò si libri rationum exhibeantur, tamen in eis non apparet, quod omnia qua probantur ad manus tutoris peruenisse, fuerint descripta in eis, probabiturque dolosa administratio, vt tertio ostensum est. Et prædicta confirmantur, quia quando constat tutorem non confecisse, vel minus legitime libros rationum, in quibus scilicet accepta & data, introitus & exitus sui descripta, impossibile est rationes reddere, *secundum Angel. in d. Consil. 286.* Quare isto casu confessio & asseueratiu rationẽ esse redditam, non videtur præiudicare, quum emanauerint super re non verisimili, & quasi impossibili, *& ita etiam dicit Petr. de Anchor. in d. Consi. 330. & Socyn. in d. Consil. 159. in 2. parte.* Quare † eui- 16
denter concluditur, quod liberatio & quietatio nõ obstat petenti iterato reddi rationem, propter non confectos vel exhibitos libros rationum, quum ex eis ratio reddi debeat, & sine eis reddi non possit, vt supra ostensum est. Nec Dominæ Actrici potest obstare, si obiiceretur, quod quando calculatio & computatio est facta à partibus, & continet pactum vel transactionem generalem vel specialem, quod faciat præiudicium. l. Emptor. §. Lucius. ff. de pact. l. Si quid. C. de transactio. per quas ll. ita expresse decidit Barto. in l. 2 *mihi in fi. 3. colum. versicul. Quæro quid in computatione, in 3. & vltim. memb. distinctionis ibi posita per eum ibi scilicet: Si vero continet de iure fisci.* C. libro 10. Quia solutio ex prædictis patet, quod scilicet non obstat, quum in præsenti casu calculatio non possit dici legitime facta, imo pro non facta habetur. Quare liberatio facta per transactionem, vel pactum, tanquam euidenter dolosa & iniqua, non est sequenda. *Ita etiam in terminis fortioribus decidit Socyn. in d. Consil. in 2. colum. versi. Confirmatur cum constet &c.* Imo text. in d. §. Lucius, nedum non aliquid facit contra Actricem, sed fundat & fortificat intentionem eius, scilicet, quod asserta quietatio nihil penitus ei obstare possit. Nam est ibi casus, quod quietatio generalis, facta post computationem rationum legitimam, restringatur ad ea, quæ sunt de rationibus computatis, non autem referatur ad ea, quæ sunt extra solidum rationum, & subiungit ibi Alber. de Ros. quod ille text. sit notabil. & sæpe de facto contingens. Quum ergo in præsentiarum nulla sit saltem legitima computatio rationum facta, sicut nec fieri potuit, propter defectum librorum rationum, ex quibus debet fieri, & sine eis legitime fieri non potuit, iuribus supra adductis: Sequitur, quod etiam nulla legitima quietatio siue liberatio possit restringi ad computata in huiusmodi non legitima cõputatione rationum, quæ scilicet pro non facta habetur, quũ non entis nullæ sint qualitates. *l. Eius qui in prouincia, in fine ff. si cert. petat.* Imo in multis fortioribus terminis Paul. de Castr. in consil. 309. *incip. Aduertendum, quod si de mala redditione computorum*, consuluit. Nam loquitur ibi in casu, quo filia matrem suam, quæ erat tutrix eius, à Tutela eius liberauit, & liberationem talem iuramento firmauit, & interuenerat etiam decretum Iudicis, quod transiuerat in rem iudicatam, & filia petebat quod mater iterato compelleretur reddere rationem suæ administrationis. Decidit ibi Paul. de Castro, quod si de mala redditione computationis constare potest, tunc apparet de dolo & fraude matris contrarium asseuerantis, & per hos quietationem extorquentis: cum dolus sit falsa asseueratio scienter facta, cum intentione fraudandi, *vt in l. 1. ff. de dol. & nota. cap. Si contra ius vel vtil. pub. l. Præscriptione. per Cyn.* per consequens patet ipsam quietationem etiam duratam, non valere, *per gloss. in l. 3. §. 1. ff. de contraria act. tute.* & sic mater compelleretur de nouo rationes reddere. Et in casu ibi solum [illegible] de mala redditione cõputatorum, quia mater [illegible] in Inuentario ponere, scilicet duas vine- [illegible] potuit annuatim fructus, ascen-

k dentes

deutes vsq; ad valorem ducentorum florenorum, item quosdam alios census, & quædam alia. Et tamen vltra prædicta per optimas rationes & ll. ibi concludit, quietationem generalem iuratam, & decreto Iudicis firmatam esse & fore nullam, quas hic recensere esset omnino superfluum, quum in præsenti casu, nec iuramentum Dominę Actricis, nec decretum Iudicis seu superioris, nec aliquod Inuentarium, nec libri rationum interuenerint. *Et ità etiam in fortioribus terminis consuluerant Angel. Perus. in d. Cons. 277. & Consil. 276. Valde eleganter Petr. de Anchor. in d. Cons. 330. D. Ias. in Cons. 219. incip. Ista materia rationum tutelarium. versicul. Isti tutores non reddiderunt, in 2. volu. & pulchre Socy in d. Consil. 159. per totum.* Ex quibus omnibus iam necessario infertur, quod quum in asserta redditione rationis facta à Reo Ioanni N. nomine Actricis, quondam pupillæ eius, nec Inuentarium, nec libri rationum interuenerint, nec interuenire ac exhiberi potuerint, quia Reus ipse, prout tamen tenebatur, ea non confecerit, & propterea de dolo & fraude saltem præsumptione iuris, & de iure conuictus sit, quod huiusmodi redditio rationis & quietatio sint ipso iure nullæ & inualidæ, vel saltem annullandę, & quod eis non obstantibus, imperitus Sebastianus N. teneatur iterato facere & reddere rationem suæ administrationis, de Anno XXIIII. vsque ad XXX. Dominæ Actrici, & quod non ob confectionem Inuentarii, & Codicis seu librorum rationum, Domina Actrix contra eum debeat admitti ad iurandū in litem, sine omni alia probatione magnæ & enormis læsionis: quum, vt adductum est, illa liberatio etiamsi esset facta per verba merè obligatiua, quibus ipsa Domina Actrix etiam per acceptilationē, præcedente Aquiliana stipulatione, liberasset eum à tutela & omni obligatione, sicut tamen non est liberatus, vt patet ex verbis assertæ liberationis in secunda prætensa diuisione, solum impersonaliter positis, ita scilicet sonantibus: **Dat über soll kein theil dem andern zuberechnē ferner schuldig seyn.** Et Dom. Actrix huiusmodi liberationem siue quietationem iurasset, & superior super eam decretum suum interposuisset, quorum tamen neutrum interuentum, adhuc esse nullam ipso iure, vel saltem annullandam, quāto fortius nulla est, & pro non facta censenda, prædictis non interuenientibus, propter scilicet omissionem inuentarii, & librorum rationum, &c.

THEMA CONSILII XLII.

Agenti ex chitographo, potest opponi exceptio non numeratę pecunię, qua intra bienniū opposita agens repellitur, nisi probet actualem numerationem. Et si habens chitographum alterius, spe futuræ numerationis sibi datū, differat agere intra biennium, talis exceptio potest per testationem aduersario factam, perpetuari, vel per modum actionis in iudicium deduci.

SVMMARIA.

1. *Creditor ex chirographo ante biennium solum ciuiliter est obligatus, post biennium autem inducitur lege naturalis obligatio præsumpta.*
2. *Exceptio non numeratæ pecuniæ, in hæredem transmittitur.*
3. *In curia mercatorum non habent locum apices iuris.*
4. *Exceptio non numeratæ pecuniæ, habet locum, etiamsi iuramentū de soluendo interuenerit.*
5. *Etiam post biennium potest opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, si opponens velit probare numerationem non factam.*
6. *Solutio partis non obstat excipere volenti, pecuniam non numeratam.*
7. *Qui errat, non approbat.*
8. *Iusta ignorantia est in eo, qui in ius alterius succedit.*
9. *Etiam in facto proprio præsumitur ignorantia, quando quis certat de damno vitando.*
10. *Dubitans & nesciens, æquiparantur.*

CONSILIVM XLII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Prædicta breuiter patebunt. Et pro clara elucidatione eorum, primo sciendum est, † quod ex cautione seu chitographo confessionis factæ spe futuræ numerationis, oritur solum obligatio ciuilis, & non naturalis, ante biennium, *secundum gloss. in l. s. ff. de cond. indeb. & ibi Legist. Iacob. Butriga. Bartol. Sal. Angel. & communiter* Doct. *in l. Cum quis. & dicit ibi Ias. quod illa sit communis opinio. C. de usur. & fact. ign. Canonist. in capitul. fin. de solut.* & est ratio, secundum Docto. quare solum oritur ciuilis, & non naturalis, quia adest obligandi forma, scilicet promissio solennis, ex qua oritur ciuilis obligatio, sed quia deficit causa, vel materia, quia debitor non intendit obligari, nisi interuenerit numeratio. *l. Qui pecuniam. ff. si cert. peta.* Ideo quum deficiat consensus propter causam, deficit obligatio naturalis, licet post biennium inducatur tacitus consensus à lege. *l. Si sub specie, & ibi Bald. ad hoc notat in 3. nota. C. de postu.* Et sic oritur naturalis præsumpta, licet non vera, *secundum Bartol. & Docto. in l. Cum quis.* licet aliqui teneant, quod etiam ante biennium sit orta vtraque obligatio, tam ciuilis, quam naturalis, *vt Petr. de Bell. Pert. & Vltramon. & Bald. in d. l. Cum quis.* Sed de hoc non est hic insistendum, quum etiam, secūdum eos, ante biennium obstet exceptio, vt iam statim patebit.

Item & secundo est sciendum, quod illæ duæ exceptiones, scilicet exceptio non num. pec. & exceptio in factum. *de quibus secundum Bartol. titul. C. de non num. pecu. & tit. Instit. de litera. oblig. & d. l. Sub specie, quæ est singula. & nota.* sunt ad hoc inuentæ, quando scilicet quis confitetur, se recepisse ab aliquo pecuniam mutuo, spe futuræ numerationis, quam promisit restituere, & tamen non recepit eam, nec secuta est numeratio, quo quidem casu si solum confessus fuerit se recepisse, & promiserit eam restituere, habet locum exceptio non num. pec. Si autem huiusmodi summa confessata, non tantum numerata, fuerit etiam expresse in stipulationē deducta, tunc non datur exceptio non numeratæ pecuniæ, sed exceptio in factum. Et est ratio *secun. Petr. Cyn. & Doct. in l. Cum vltra. C. de non num. pecu.* quare scilicet isto casu, quando interuenit solennis stipulatio, cōpetit exceptio in factum, quia sicuti actiones iudicantur habere nomina penes medium concludendi immediatum: ita & exceptiones, *vt declarant in d. l. Cum vltra. Petr. & valde notanter Cyn. multis aliis, in 3. oppos.* Quando autem quantitas confessata est deducta specialiter & expresse in stipulationem, etiamsi numeratio non esset secuta, non ageretur ex numeratione, sicut si non interuenisset stipulatio, sed ex stipulatione. Sed certum est, exceptionem debere directe cōtradicere intentioni agentis. Si ergo Titius ageret contra Seium ad stipulationē ad centū, quæ ei per stipulationē promiserit, & Seius exciperet illa centū sibi à Titio nō fuisse numerata, nō directe cōtradiceret intētioni agētis, quia nō agit ex numeratione. ideo exceptio nō numer. pecuniæ esset inepta, sed ex stipulatiōe; licet interposita ob futuram restitutionē. Ideo isto casu loco exceptionis nō numeratæ pecuniæ, datur exceptio in factum, quia sicut isto

casu

casu confessio non secuta numeratione, non habet vigorem, ita nec stipulatio saltem in effectu, ope scilicet exceptionis in factum. Et huiusmodi exceptio nõ num. pecu. vel in factum, solum potest opponi contra agentem ex chirographo, vel cautione mutui, vel ex stipulatione ante biennium, etiam secundum opinionem Pet. & Vltram. Et hoc operatur illa exceptio non num. pec. vel in factum, infra biennium apposita, quod transferat onus probandi in Actorem, *in princ. & fin. Insti. de lite. oblig. l. In contractibus, in princ. C. de non num. pecu.* & sic illa exceptio non num. pec. est temporalis, quia hodie biennio tantum durat, iuribus iam allega. licet exceptiones regulariter sint perpetuæ, licet actio sit temporalis. l. Pure. §. fina. ff. de exce. dol. Quia ibi loquitur de exceptione doli, quæ est proprie exceptio, quum tendit ad elidendam intentionem agentis perpetuo. Sed exceptio nõ numeratæ pecuniæ, nõ tendit directe ad elidendam intentionem agentis, sed ad transferendum onus probandi, & ita pecuniam esse numeratam in aduersarium, & ita ad faciendum, quod confessio nõ noceat confitenti, vt sc. Actor nõ possit se ex ea contra confitentem tueri. Nam licet regulariter stetur confessioni factæ ex causa, præsente scilicet parte, nisi confitens probet contrarium, tamen hoc fallit in confessione pecuniæ receptæ ex mutuo. *l. Generaliter, & per totum tit. C. de non num. pecu. & d l. Si sub specie, & in princ. & in fi. Inst. de lite. obliga.* Et ratio illius fallentiæ & specialitatis in contractu mutui est, secundum Doct. quia huiusmodi confessiones spe futuræ numerationis, quotidie fiunt, & numeratio non sequitur. Ideo ante cursum biennii creditor ex tali confessione nõ potest se fundare, sed habet necesse numeratione alio modo, quam per confessionem aduersarii probare. Et ideo nisi creditor agens ex tali confessione seu numeratione, contra confitentem, cui opposita est infra tempus legitimum, & ita hodie infra biennium exceptio nõ numeratæ pecuniæ probet numerationem, Reus nõ obstante confessione sua diffinitiue absoluitur, cum talis confessio non probet numerationem, *l. si ex cautione. C. de non num. pec.* Et illa exceptio non numeratæ pecuniæ, infra biennium nedum potest per viam exceptionis, vt deductum est, coram Iudice proponi, sed etiam per viam agendi, vt si creditor infra biennium non agat, sed patiatur ipsum labi, vt scilicet postea Reus amplius non possit exceptionem non num. pecu. opponere, potest is qui confessus fuit se recepisse certam quantitatem pecuniæ mutuo, quã promisit restituere, spe futuræ numerationis coram Iudice, coram quo contractus est celebratus, infra biennium querelam proponere, &c. *d. l. In contract. §. In omni, alias §. fin.* & potest condicere huiusmodi obligationẽ infra biennium, si contra eum non agatur. Condicitur autem talis obligatio duobus modis: Vel petendo se liberari ab illa obligatione, tanquam causa non sequuta, propter quam facta fuit; vel petendo solum testitui scripturam siue cautionem, quam de hoc fecit, vel ipsam cancellari. *l. Si quasi. & ibi Legist. C. de non num. pec.* & est multum vtile, illam exceptionem per viam querelæ vel agendi proponere, quia per hunc modum perpetuetur illa exceptio, vt sc. si Actor post biennium agat, Reus possit eum vsq; ad triginta annos opponere, & in agentem transferre onus probandi, scilicet numeratione esse
2 factam, l. Si intra, vbi etiam aperte deciditur, † quod illa exceptio transmittatur ad hæredẽ confitentis, vt eam possit proponere infra tempus, quod restabat defuncto, vel perpetuo, si fuerit primo per defunctum per viam agendi coram Iudice deducta. C. de non nu. pec.

Nec obstat, si obiiceretur, quod illa exceptio non numeratæ pecuniæ, non habet locum inter mercatores, vt videtur velle glo. notab. in §. Argentariorum, alias fi. in gl. fi. in fi. ibi scilicet, vel pone casum, in Auth. de fideiuss. col. 1. vbi vult, quod Campsoribus vel Argentariis, pro aliis fideiubentibus, non cõpetat beneficium excussionis, & facit ratio, quia † in curia Mercatorum non habent locum apices iuris, cum debeat procedi de bono & æquo. *l. Si fideiussor. §. Quadam. ff. Mandat.* Et sic videtur inferri etiam, exceptionem non num. pec. non habere locum inter Mercatores. Quia in contrarium est veritas, scilicet, quod in curia Mercatorum campsoribus & argentariis competat etiam exceptio nõ numeratæ pecuniæ, quando cõueniuntur ex propria obligatione, secus quando pro aliis promittunt, *& ita intelligitur gloss. in d. §. Argentariorum, secun. Bal. in l. Frustra. C. de non nu. pecu. refert & seq. D. Ias. in d. l. Cum quis, in 6. colu. vers. Tu autem considera, in antiqua impressura.* & bene facit, quod pulcre notat Bald. in l. Si pro ea, *in vlt. col. adde tu. in vers. Nunquid ego.* C. Mand. vbi decidit, quod inter Mercatores etiam habeat locum exceptio non solutæ gabellæ. Et † ista exceptio non numeratæ pecuniæ, habet etiam locum, iuramento interueniente; Vt si quis confessus fuerit, spe futuræ numerationis, & promiserit & iurauerit reddere, tamẽ adhuc confitenti infra biennium, competit exceptio non numeratæ pecuniæ, quia eandem conditionem habet in se iuramentum, quam habet promissio de restituendo, scilicet si sequatur numeratio. *l. fin. quæ vulgo ad hoc allegat. C. eod. tit. de non. nu. pec.* & licet, vt ostensum est, illa exceptio non num. pec. elapso biennio non possit opponi, scilicet ad finem seu effectum transferendi onus probandi, numerationem esse secutam in aduersarium: cum speciale sit in contractu mutui, quod confessio ante biennium non probet numerationem, sed post biennium cõfessio præiudicat confitenti, & probat numerationem, potest tamen etiam post elapsum, secundum dd. opponi, si cõfitens velit probare, numerationem non esse secutam: cum omnis probatio recipiat probationem in contrarium. *l. Cum de indeb. ff. de proba.* Et videtur ex prædictis variis præsumptionib. ad eundem effectum & finem tendentibus scilicet, quod numeratio non fuerit secuta, satis probari, eam nõ esse secutam, † saltem vt in ipsam viduam transferatur onus probandi numerationem esse secutam in casu præsenti, & quod constaret cautionem super quingentis marcis ante biennium non datam esse, *vt patet per notã. Bart. & dd. in l. Admonendi. ff. de iureiur. & faciunt nota. in capit. Afferte, & cap. Tertio loco, de præsumpt. & c. Tertio loco, de probat.* & accedit regula, quæ habet: Si singula non prosunt, multa tamen simul iuncta iuuant. Tamen de hoc non est hic insistendum, cum exceptio hæredum Nicolai N. in Christo defuncti, sit fundata, nisi ipsa vidua elideret eã, replicatione sc. lapsi biennii, vt tenetur. Quia Actor replicationẽ suam probata exceptione Rei, probare debet: cum replicatio nihil aliud sit, quam exceptio, quæ à parte Actoris venit, quæ adeo necessaria est, vt exceptionem excludat. Semper enim replicatio obiicitur, vt exceptionem excludat. *l. 2. §. Replicationes. ff. de excep.* & quilibet tenetur probare id, quod est fund. suæ intentionis, siue sit Actor, siue Reus. *l. fi. C. de eden. l. Actor. l. Siue possidetis, cum simil. C. de proba.*

Nec præfatis hæredibus præiudicare potest solutio partis, scilicet 100. & 20. marcatũ, super summa 11. marcarum per Casparum N. facta. Quia licet pars sit soluta, nihilominus tamen potest opponi residuum non deberi. *d. l. Cum de indeb. §. Sed hoc ita. ff. de proba.* Nec obstat text. in l. cum fidem, vbi habetur, Quod si quis ex interuallo agnoscit debitum cautionis præterire, soluendo scilicet

partem debiti, non possit amplius opponere excep. non nu. pec. C. de non nu. pec. quia d. l. Cum fidem, loquitur in sciente, secundum glo. & dd. ibi, & hoc aperte vult ibi tex. in verbo, Agnoscens, quod quidem scientiam signi-
7 ficat: † qui enim errat, non probat *l. Si per errorem. ff. de iurisd. om. iud. l. 3. in fin. C. Ad l. Cornel. de fals.* Sed Caspar errando soluit, se & suos fratres debere, credendo scilicet numerationem secutam fuisse, cum tamen nõ tenerantur, vt supra ostensum est, cum numeratio non sit probata, & biennium non sit lapsum, & ipse fuit in probabili errore, quia nõ dedit hanc cautionem, sed frater suus
8 Nicolaus dedit eam prædictę viduæ, † Iusta enim ignorantia est in eo, quia in ius alterius succedit, *l. qui in alterius. ff. de reg. iur.* Imo ignorantia proprii facti, quando tractatur de damno vitando, non nocet, *secundum glo. in l. 1. ff. de cond. indeb.* Quod confirmo, quia is qui soluit, si dicit indebita soluisse, debet duo probare, indebitum esse, & per errorem soluisse. d. l. Cum de indebito, & dicit ibi gl. quam ibi notant Bar. & Bald. quod eo ipso quod probetur indebitum, probatur ignorãtia. inferens per hoc,
9 † quod etiam in facto proprio præsumatur ignorantia, quando quis certat de damno vitando, *per l. Sed & si me putem, in princ. ff. de cond. indeb & dicit Bartol. quod de hoc videtur casus in l. Si post diuisionem. C. de iur. & fact. ignor.* Quanto magis præsumitur ignorantia in Casparo N. de facto a-
10 lieno fratris sui Nicolai defuncti, & per hoc facit, † quod dubitans & nesciens æquiparentur. *l. Manifestum. §. Sed querebatur, ibi, sunm autem nesciens. C. de fur.* Et sic patet istum casum non esse deprehensum in d. l. Cum fidem, & per consequens factam solutionem Casparis N. non obstare neq; sibi, neq; fratribus suis, neq; etiam matri, &c.

THEMA CONSILII XLIII.

De literis salui conductus. Et qualiter ad hoc vt quis dicatur violasse saluum conductum, alicui datum, debeat interuenire dolus, & quæ causæ excusent à dolo.

SVMMARIA.

1 *Vbi facta sunt talia, quæ sine dolo non fiunt, non opus est in prohibitione doli mentionem facere.*
2 *Qualibet causa, etiam iniusta, à dolo excusat.*
3 *In factis per statutum prohibitis, quæ possunt sine dolo committi, vt quis incidat in pœnam à statuto pro illis impositam, requiritur quod dolo contra factum sit.*
4 *Vbi verba dispositionis deficiunt, deficit dispositio.*
5 *Dispositio simulata parit simulatum effectum.*
6 *De potestate regis in suo regno, sacrilegium est disputare.*
7 *Quando princeps aliquid vult ex certa scientia, nemo potest illi dicere: Cur ita facis?*
8 *Verba in omni dispositione posita, debent aliquid operari.*
9 *Beneficia principum sunt latissime interpretanda.*
10 *Reus non cogitur satisdare iudicatum solui, sed sufficit si præstat satisdationem de iudicio sisti.*
11 *Ignorantia iuris est lata culpa, & regulariter non excusat.*
12 *Lata culpa regulariter dolo æquiparatur, etiam in delictis, quando non venit imponenda pœna corporalis, sed pecuniaria.*
13 *Quando lex expresse dolum requirit, & agitur de pœna pecuniaria, & lex est fundata in naturali æquitate, tunc dolus repræsentat latam culpam.*
14 *Illud quod est valde difficile, reputatur de iure possibile.*

CONSILIVM XLIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Regia Maiestas, &c. Abbatem N recipit in suam protectionem, dando illi literas salui cõductus, ne in bonis vel persona ipse vel Conuentus ab aliquo contra ius lædatur. Et vt eum conuenire volentes nullibi in ius trahere, & illum conuenire valeant, quam coram prædicta R. M. vel eiusdem Commissariis. Cum vero prædictus Abbas & Monasterium situm esset in territorio illustrium Principum N. qui illum pro maxima quantitate pecuniæ asserentes suis dominationib. obligatum. Et eam ob rem illum vocabant ad suas dominationes, petentes ab eo cautionẽ, vsq; ad summam 30000. flor. se extendentem, quã quum prædictus Abbas præstare recusaret, vel non posset, ipsum detinebant, donec eam præstaret; Quæritur igitur, vtrũ per illam exactionem satisdationis, vel detentationẽ inciderint in pœnam violati salui cõductus, Abbati à Regia Maiestate cõcessi. Et prima facie videtur dicendum, ꝙ non, quum saluus conductus à Regia Maiestate non videatur datus, nisi contra iniustã vim, & prædicti Principes volentes agere contra Abbatem, pro tanta summa licite videantur potuisse petere satisdationem, & in defectum satisdationis, ne frustratorie agerent ipsum Abbatem personaliter retinere, & ꝙ istæ rationes & causæ, etiamsi essent insufficientes ad minimum eorum dominat. excusent à pœna, quum non videantur dolo contra saluum conductum fecisse. Et pro coloratione prædictę Responsionis, videlicet quod videatur iuri conformis, omissis superfluis, est sciendum, quod quædam sont vocabula, quæ de sui natura cõtinent in se dolũ, vt si statutum dicat simpliciter: Si quis fecerit furtum, vel commiserit falsum. Nam furtum non potest fieri sine dolo *l. 1 ff. de furt.* Nec falsum committitur sine dolo. Ita videtur, quod si Rex, Princeps, vel alius superior, dederit alicui saluum conductum, vnd also ein frey sicher geleydt für gewalt zum Rechten/& idem in similibus, & mãdet subditis, ꝙ non contraueniant hinc saluo cõductui, etiam sub pœna certa, ꝙ illa verba, ein frey sicher Geleydt / contineant de sua natura in se dolum, sc. si dolo malo contrauentũ fuerit: quum sine dolo non videatur posse frangi
seu violari saluus conductus, & sic isto casu, † quando sci 1
vocabulum siue nomen de sui natura importat dolum, non refert, an dispositio imponẽs pro aliquo maleficio pœnam, faciat expressam mentionẽ de dolo, vel loquatur simpliciter pro tanto, quod neuter istorum casuum sufficiat lata culpa, sed requiratur dolus, *vt pulchre declarat Bartol. in l. 1. §. Non autem, in 2. colu. vers. Iuxta hoc quæro ff. Si quis test. liber esse ius. fue. & valde notanter Angel. in l. Plagii criminis. C. Ad l. Fal. de plag.*

Item & secundo † sciendum, quod quælibet causa, 2
nedum iusta, sed iniusta, excusat quẽ à dolo. tex. est notabilis licet vulgaris in l. Igitur, ibi, & generaliter dicendum est, quotiens quis iustis rationib. ductus, vel non iustis. ff de lib. caus. per quẽ tex. dicit ibi Bened. de Plumb. Nota tex. aureum, qui multoties allegatur ad excusationẽ & defensionem Reorum, quando fecerunt iustis rationibus ducti, vel etiam non iustis, dum tantum dolo careant, ꝙ sint excusati. *& pro hoc est text. in l. 1. in fin. ff. de abige.* & dicit Alb. ibi, vt eum refert ibi Bened. de Plumb. quod per has ll. multos protelauit atq; defensauit in officio maleficiorum, qui accusati erãt de possessione turbata, & ipsi hoc fecerant, sicut coloni & mercenarii, & iustis ducti rationibus. & carebunt dolo. Item est bonus tex. in l. 1. § fi. ibi. Sed vere putauit sua, iustis rationibus ductus, iun. gl. ibi, in verbo, Iustis rationibus, quæ dicit idem, si non iustis, sed quodam modo sua credidit esse errore iuris, quum cessat dolus, *& allegat d. l. Igitur. §. Potest.* Et de hoc est etiam text. in d. l. Plagii criminis, ibi, sed & hanc opinionem iusta deducti ratione, iun. glo. in verbo, Iusta, quia dicitur idem, si non iusta. Subiungens: quia qualiba

ignorantia etiam iuris excusat à dolo, & quod hoc crimen dolo interueniente demum committitur, *per text, in l. 3. ff. eod. titul. Ad l. Fla. de plagia. & per dd. ll. scilicet l. Plagii, & l. Igitur.* Angel. in l. 1. in fin. prin. ff. de eo per quem factum erit, in hæc verba prorumpit. Et conclude, quod omnis credulitas quantumcunq; fatua, excusat quem à pœna doli. Ex quibus omnib. iam videtur inferri, quod quum saluus conductus alicui concessus, non possit frangi sine dolo frangentis, siue contrauenientis, quod posito, minime tamen concesso, quod Illustres Principes, Duces N. &c. non iusta, sed iniusta ratione, seu etiam temeraria credulitate ducti, exegissent cautionem 50●00. flor. Hungaricorum, à D. Abbate de N. & quod in defectum huiusmodi cautionis, fecissent ipsum recipi ad castrum eorum, quod tamen non dicerentur fregisse saluũ conductum, seu excusari à dolo, seu pœna doli: cum isto casu, quando scilicet expressè exprimitur dolus in dispositione. vel vocabulum seu nomẽ iuris, quod de sui natura in se contineat dolum, omnis causa, siue iusta, siue iniusta, nimio etiam temeraria, excusat à dolo, *secundum Angel. in d. l. Plagii criminis.* Imo † quando lex vel statutum 3
puniat simpliciter aliquod factũ seu delictum, quod potest committi cum dolo & sine dolo, vt violentiæ, turbationes, vulnerationes, & similia, si tamẽ punit actum, qui principaliter fertur in personam, & non in rem, tunc requiritur dolus, quum talis iniuria non possit inferri in personam sine effectu facientis, & absque dolo. *l. 3. ff. de iniur.* & ita in ter. decidit Barr. in d. §. Non autem, inferens per hoc, quod si statutũ dicat, quod si quis turbauerit aliquẽ in sua possessione, vel percusserit quem, puniatur tali pœna, & ita vtatur verbis, quę principaliter denotant actum illatum in personam, quod tunc requiratur dolus, & nisi dolus probetur, quod percutiens vel vulneratus debeat absolui, & ita secundum eum quælibet causa etiam iniusta, excusat à dolo, & sic à pœna statuti. *Refert & sequitur Angel. in d. l. Plagii, ad fin. & D. Ias. in l. Iuste. in fin. colum. vers. Limita illam regulam. ff. de acquir. possess.* Et per ista patet dictum Io. And. in c. 1. de electione, in 6. in nouelli. vbi dicit; Quod ad hoc vt aliqua causa excuset à pœna legali, vel statutaria, requiratur quod sit iusta & rationabilis, non procedere, quando statutum punit actum, qui principaliter inferatur in personam. Ex quo etiam iam secundo videtur inferri, q̃ etiam dato, quod hoc vocabulum, Saluus cõductus, vnd also das wörtlin/ Verbrechung deß gegebenen geleydts/ positum in aliqua dispositione de sui natura non cõtineret in se dolum, & ita quod quis teneretur etiam de lata culpa, quod tamẽ hoc solum procederet, quando quis fregerit in bonis, secus si personam læserit, iusta vel iniusta causa, siue credulitate ductus: cum isto casu requiratur dolus, à quo dolo quælibet causa excusat, Ergo, &c. Quæ omnia potissimum videtur procedere in præsentiarum, cum præfatus Abbas solum habuerit saluum conductum, Vnd also ein frey Christlich geleyt/ für gewalt zu Rechtẽ/ & ita limitatum & restrictũ ad qualitatem, scilicet für gewalt zum Rechten/. & illustres Principes Domini N. solum petierint ab eo cautionem tanquam à Reo, conueniendo à suis illustribus dominationibus, & in defectum eiusdem, eundem D. Abbatem fecerunt recipi in honestam custodiam, donec cauerit, quam cautionẽ de iure exigere potuisse videntur, quum conuentus tam actione in rem, quam in personam satisdare teneatur, si non possederit bona immobilia, *l. 1. cum simil. & l. Sciendum, in princ. ff. Qui satisdare cogant* & sic videntur in nullo peccasse, neque in aliquo deliquisse. Quia qui aliquid facit l. permittente, non intelligitur peccasse, nec meretur aliquam pœnam. *l. Gracchus. C. de adult. cap. Qui peccat. 24. qu. 4.* Et ita confessio istius salui conductus in vnum casum, scilicet für gewalt zum Rechten tanquam stricti iuris, nõ videtur porrigi, tanquam ad alium casum, & ita ad præparatoria iudicii intentandi. *l. Quicquid astringendæ. in princ. cum ibi notatis. ff. de verbor. obliga.* & per regulam vulgarem, quæ habet; Quod casus omissus in dispositione siue statutaria, siue hominis, remaneat in dispositione iuris cõmunis. *l. Si vero. §. de viro. ff. Solut. matrim. l. Cõmodiss. ff. de lib. & posthum. l. Si extraneus. ff. de cond. ob causam.* Et fortificantur prædicta, quia † qualitercunq; verba legis siue 4
dispositionis deficiant, semper deficit dispositio. Tex. est melior in iure de hoc, in d. l. 1. §. Non autem ibi, dum dicit. Habet itaq; certum finẽ ista actio, vt & dolo fecerit iste, & post mortem domini, & ante aditam hæreditatem. Subiungens: Cæterum si sine dolo malo, aut dolo quidem, verum viuo domino, non tenebitur hac actione, *& ibi Angel. in ver. Nota hunc text. & allegat concordantias, scilicet d. l. De viro. & l. Denunciasse. §. Qui tamen. ff. de adult. l. Prætor ait. §. docere. ff. vi bonorum raptor.* † Dispositio enim li- 5
mitata per respectum certæ qualitatis, ad eam restringitur, *& facit secundum Ang. in §. penult. ff. de riuis.* Et sic dispositio salui conductus, quę loquitur limitando se ad qualitatem, scilicet, für Gewalt zum Rechten/ restringi videtur ad illam qualitatem, & per consequens non ad præparatoria & remedia iuris, pro futuro iudicio inchoando, coram competenti scilicet Iudice, & ita in præsentiarum coram Regia Maiestate, vel de legatis ab ea, &c.

Sed præmissis non obstantibus, contrarium videtur de iure verius, videlicet prædictos Principes prædictis causis & rationibus quantumuis colorantes suum factum excusant, se illis tueri non posse. Et ideo omnino illis consulẽdum esse, ne defendere suum factum de iure conentur, sed vt transactione sibi cõsulant: Cùm Regia Maiestas ex certa scientia receperit prædictum Abbatem in protectionem, ita quòd nec de iure alibi quam coram Regia Maiestate vel eiusdem Commissariis poruerunt conueniri, &c. Et quia Abbas non subiacet iurisdictioni Principum, & si maximè subesset, tamen cum non sit Actor, sed Reus, nõ potuit iure restringi ad præstandam cautionem, & iudicato soluendo, &c. Et quod prædicta sint vera, breuiter ex sequentib. patebit. Et primo, quod Rex B. tanquam supremus Dux & Dominus in S. nõ recognoscens alium superiorem, & ibi fungens vice Principis ibidem, potuerit Abbatem & Cõuentum Monasterii & claustri N. cum omnibus bonis recipere in suæ R. M. protectionem & defensionem, & eis concedere securitatem, & saluum conductum, prout concessit, est sine dubio. Nam † sacrilegium est de potestate 6
Principis & Imperatoris, vel Regis, non recognoscentis in regno suo superiorem disputare. *l. Disputare. C. de cri. sacrileg.* Est enim princeps solutus legibus. *l. Princeps. ff. de leg. l. Digna vox. C. eod. tit.* Potest enim princeps contra ius dispensare. *cap. Proposuit de concess. prebend.* quum sit supra ius. hinc dicit Bald. in prælu. feud. inter cætera; † Quod 7
quando princeps aliquid vult, ex certa sciẽtia, nemo potest ei dicere: Cur facis? Item † verba in omni dispositio- 8
ne posita, debent aliquid operari. *l. Si quando, in prin. ff. de leg. 1. & l. Si quando, iun. gloss. 1. C. de inoffi. testam.* Imo in contractibus, qui tantum sunt stricti iuris, vel in instrumentis verba posita, debẽt semper ita intelligi, vt aliquid importent, & non est præsumendum, quod aliquid sit dictum à contrahentibus, vt nihil importet. *Ita pulchre decidit Bald. in Rubr. C. de contrah. empt. & vend. in conquest.* quod maxime procedit in beneficiis principum, † quum be- 9
neficia principum sint latissime interpretanda. *l. fin. ff. de*

10 *constit. princip.* Item † licet Reus conuentus non possidet bona immobilia, teneatur satisdare de iudicio sisti, non tamen tenetur satisdare hodie iudicatum solui; & sufficit quod præstet satisdationem de iudicio sisti, vsq; ad finem litis, quam potest præstare. *text. ad literam, in §. Sed hodie, Instit. de satisda.* Imo de communi obseruantia istius prouinciæ, non præstatur satisdatio iudicatum solui, vel litis æstimationis. Ergo, &c. Et sic conuincitur quis in iure errasse, qui huiusmodi satisdationem etiam à Reo
11 conuento coram iudice competente petierit, & † ignorantia iuris est lata culpa, & regulariter non excusat quẽ. *l. Liberorum. §. Notantur. ff. de his qui notant. infam. l. 2. ff. de iuris & facti ignor.* Non enim licet ignorare leges. *l. Leges sacratissimæ. C. de legibus. l. Constitutiones C. de iuris & facti ignorantia.* Est enim magna negligentia ignorare leges, quæ magna negligentia est lata culpa, quæ lata culpa regulariter dolo æquiparatur. *l. Magna negligentia. ff. de verbor. signific. l. Quod nerua ff. depos.* Et hoc procedit, scilicet quod lata culpa æquiparatur dolo, quando nõ imponitur pœna corporalis, quo quidem casu, quando scilicet imponitur pœna corporalis pro maleficio, non æquiparatur
12 dolo, *per text. in l. Corn. ff. ad l. Cornel. de sica.* Tamen † quando solum tractatur de pœna pecuniaria, & l. vel statutum, expresse dolum non requirit, tunc lata culpa regulariter æquiparatur dolo, siue accusatio sit criminalis, siue actio ciuilis, ex quo solum agitur ad pœnam pecuniariam. *l. 1. §. 1. ff Si mens. fals. mod. dix. vt pulchre declarat Bartol. in d. l. 1. §. Non autem, in 1. opposi.* Sed iure non reperitur expressum, quod ad violationem salui conductus requiratur dolus, nec quod huiusmodi concessio de sui natura
13 contineat in se dolum. Ergo, &c. Imo potest dici, † quod etiam quando lex expresse requirit dolum, & agitur de pœna pecuniaria, & lex est fundata in naturali æquitate, quod dolus etiam repræsentet latam culpam, per text. ad brocam, in d. §. Non autem, dum dicit: Sed culpa dolo proxima dolum repræsentat, & tamen ibi verba edicti expresse requirunt dolum, *vt patet in princ. d. l. 1. in princip. d. §. Non autem, & etiam in Rubr.* & text. ibi dicit in d. versi. Quod culpa proxima dolo, & ita lata culpa repræsentet dolum. Nam vt dicit ibi Angel. quod licet l. rigorosa loquens signanter de dolo, non comprehendat dolum, *vt patet per superius adducta, & probatur in l. 2. §. Hac. ff. Vi bon. rap. & in l. 1. §. Si quis ideo. ff. Ne vis fiat ei. Et notatur in l. Magna negligentia.* Secus tamen est quando l. est fundata in naturali æquitate, sicuti verba huius edicti, scilicet si quis in testamento liber esse ius. fuer. &c. sunt fundata in naturali ęquitate, quę æquitas naturalis; ita habet locum in lata culpa, sicut in dolo. Ideo licet huiusmodi lex expresse requirat dolum, tamen repræsentat etiam latam culpam. *& illa responsio Angel. ad d. §. Non autem: est melior & magistralior, quam solutio Bartol. quia multum diuinat, vt patet recte intuenti.* Et sic cum prædicta concessio Regia non sit rigorosa, sed satis æqua, cum receperit Abbatem & Conuentũ in sua Re. Ma. protectionem & defensionem, &c. vt ex adductis patet, Illustres principes N. non fuerunt iusta, & rationabili causa ducti ad exigẽdum cautionem 50000. flo. Hun. à Domino Abbate, & in defectum eiusdem ad recipiendum eum in custodiam, &c. dato etiam, quod fuissent ducti ratione iniusta, quæ solum excusat à dolo, vt in superiori articulo ostensum est, quod tamen nõ possent se de iuris rigore excusare à violentia concessionis Regiæ. Quod maxime ex eo etiam patet, quod exegerint cautionem ab Abbate impossibilem, cum fuerit, vt constat, ei maxime difficile præstare cautionem fideiussoriam, vel hypothecariam ad tantam summam. Sed
14 † clarum est, quod illud, quod est valde difficile, reputatur de iure impossibile. Apud Iulianum, §. fi. ff. de lega. 1. per quem tex. & per l. Continuus. §. Cum ita. ff. de verb. obli. notat ibi Bal. in pri. Quod illud, quod est valde difficile, iudicetur impossibile. Refert & sequitur per nota. in d. §. fin. Subiungens, hoc esse notatu dignum. Et responsio supra data est adeo clara, quod non egeat latiori deductione.

THEMA CONSILII XLIIII.

Pactum appositum contractui emptionis & venditionis, quo cauetur, q́ emptor volens reuendere, debeat rem emptã offerre emendam vẽditori pro certa summa, nõ astringit emptorem, vel eius hæredes ad reuendendum, nisi ipsi velint vendere, quo casu si legitima præscriptio non obstet vẽditorib. coguntur illis rem venditam emendã offerre, vel tenẽtur ad interesse.

SVMMARIA.

1 *Promittens nemini vendere nisi mihi, non potest cogi ad vendendum, si res non est venalis.*
2 *Promittens nemini vendere, nisi mihi, licet non possit cogi ad vendendum præcise, etiamsi res sit venalis, tamen alii vendens tenetur ad interesse.*
3 *Ius reemendi 30. annis præscribitur.*

CONSILIVM XLIIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Anno 1405. O. & A. de M. vendiderunt quosdam pagos M. de S. Qui emptor tempore contractus specialiter promisit & obligauit se venditoribus, vt si contingeret se, vel hæredes suos prædictos pagos vendere velle, vel necessitate aliqua ad vendendum vrgeri, quod velint venditoribus ante omnia ad emendum offerre prædictos pagos: & illis vel eorum hæredibus reuendere pro summa 900. flo. iam multis & plus quam centum annis elapsis, hæredes prædictorum venditorum, virtute prædictæ obligationis, volunt cogere hæredes emptoris ad reuendendum prædictos pagos pro prædicta summa 900. flor. Quæritur vtrum possint: & respondetur, quod non. † Cum non sit in eorum 1
arbitrio virtute pacti reemere, sed in arbitrio emptorum reuendere, quo casu, si scilicet velint vẽdere, primis venditoribus deberent offerre. Nam si non offerendo aliis venderent, tenerentur illis ad interesse, nisi præscriptio legitima intercessisset. Et ista sunt adeo clara, quod non egeant magna probatione. Nam indubitatum est, quod si Titius simpliciter promiserit non vendere fundum suum alii, nisi mihi, quod propter istam conuentionem non possim cogere Titium, ad vendendum mihi fundum: & hoc est sine omni scrupulo, quando promittens tunc non habeat rem venalem, nec animum vendendi. Nam tunc dictio nisi, ponitur hoc modo, quod scilicet Titius promittat mihi vendere, si scilicet vendere velit, non autem quod possit astringi ad vendendum mihi. *Ita decidit notab. Bartol in l. Si eum. § fin. in 1. colum. versic. Istud induci: gloss. ad quæstionem in fin. d. §. Et sequuntur communiter dd ibi. ff si quis cautio. Bartol. & Legist. in l. actione. C. de transact. Angel. & Imol. in l. Qui Romæ §. Cohæredes. ff. de verbor. oblig.* Et † licet Titius non possit cogi per talem promissionem ad 2
vendendum mihi, tamen si vendiderit alii, quamuis teneat venditio, tamen teneretur mihi ad interesse actione ex vendito, quanti scilicet mea interfit rem alii venditam esse. *l. Si sterilis. §. penult. versicul. Sed si ita. ff. de acti. empt. & vend. Bartol. & Doct. in locis prealle.* Quanto minus in præsentiarum validus Pe. ab S. cogi potest ad vendendum

prædictos pagos, cum M. ab S. expressis verbis dixerit: Wo er aber/seine Erben deß sinns würden/vnd sie die noth darzu brächt/da Gott vor sey/rc. daß sie dē M. erst den kauff anbieten solten/Et non simpliciter promisit non vendere aliis,nisi ipsis,&c.Tamen si M. à S. vel eius hæredes vendidissent illos pagos aliis,tenerentur M.ad interesse.

3 Item communis opinio Doct.est,† quod iure reemēdi seu offerendi 30.annis præscribatur,*per tex.in l.cum notissimi,in prin.& quod not.ibi DD.C de præscrip.30.vel 40 anno. l licet.C.de iu.delibe.& probatur per reg.l.sicut.& l.omnis.C.de præscrip. 30. vel 40. ann.* & ideo si vendatur res cum pacto, quod vendens vel eius hæredes possint quandocunq; oblato precio redimere,tamen tale ius redimendi,non obstante,quod sic dictum quemcunq;, præscriptione tollitur: Cum non sit mera facultas, sed ius.*Ita pulchre determinat Ang.per pulchras rationes in cons.55.incip.Guilh.& Francis.*Quanto magis hoc procedit in præscriptione tanti temporis; cuius initium non est in memoria hominum. Cum talis præscriptio habeat vim constituti *l.hoc iure. §. Ductus aqua. ff.de aqua quot.& æsti.*Sed de hoc non est insistendum, cum non simus hic in materia iuris redimendi;quia M.à S,nō emit præfatos pagos cum pacto de retrouendendo emptoribus vel eius hæred. oblatoq, precio.

THEMA CONSILII XLV.

Vtrum quis possit prohiberi, ne faciat nouū molendinum in flumine priuato vel publico.

SVMMARIA.

1 *Quilibet potest circa rem suam conditionem suam facere meliorē, etiam cum detrimento alterius.*

2 *Quilibet est in re sua moderator & arbiter.*

3 *Etiam in publico flumine,potest quis ædificare, si non facit quo aqua aliter fluat,quam priore æstate fluxit.*

4 *Quando habens licite molendinum in parte inferiore fluminis publici,possit prohibere, ne alius in parte superioris fluminis ædificet.*

5 *In re communi potior est conditio prohibentis.*

CONSILIVM XLV.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter visis & ponderatis Actis causæ honestæ D. N. Actricis ex vna,& Syndici, Senatus & ciuitatis N.conuentis ex altera partibus, super ædificatione molendini vertentis coram illustr. Principe ac dom. Dom.N.&c. Arbitror, quod non obstantibus exceptionibus & allegationibus per præfatum Syndicum deductis,prædicta Domina Actrix possit in fundo sibi in feudum concesso,& in flumine ibidem currente, pro arbitrio molendinum construere.

1 Quia † cuilibet licitum est, circa rem suam conditionem suam facere meliorem ; etiam cum detrimento alterius.*l.flu.§.fin.l.Proculus.ff de dam.inse.* & hoc procedit sine dubio,quando quis principaliter hoc facit,vt sibi prosit, licet aliis in consequentiam per hoc fiat præiudicium,*vt notanter declarat Bartol.in sua notab.repet.l.quo minus, in 1.q.ff. de flu.*Imo isto casu,quando flumen esset priuatum vnius & alterius, & vnus haberet molendinum in inferiori parte fluminis, alius posset etiam molendinum facere in commodum suum in superiore parte fluminis, *secundum Bartol.vbi supra,& sequuntur communiter DD.ibi & in l.si manifeste.Cod.de seruit.& aqua. Et pulcherrime D.Iason in sua repetit. dict. l.quo minus, (mihi,in fin. 3.colum.) versu.ex gloss.cum sequentibus.* Quanto magis licitum est validis M.principaliter ad eorum commodum & vtilitatem circa proprium illorum fluuium,in cuius fluuii parte, nec inferiori, nec superiori illi de G. molendinum habent, construere molendinum:dato etiam,sed non concesso,quod antecessores corū ibi nunquam habuissent molēdinum. Quia † quilibet est in re sua arbiter & moderator.*l.in re mandata, cum simil.C.mandati.*Ergo,&c. Et posito,non tamen concesso, quod prædictum flumen esset publicum, tamen Actrix non posset prohiberi ibidem ædificare,cum nullum damnum vel detrimentū flumini fiat,ꝙ aliter fluat, quam præterita æstate fluxerit, prout ex interdicto prætoris patet.Et ait iureconsultus:Ait prætor, in flumine publico ripave eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore æstate fluxit, veto.Hoc interdicto prospexit prætor, ne deriuationibus minus concessis flumina exarescant, vel mutatus alueus vicinis aliquam iniuriam faciat,vel afferat.† Pertinet autem ad flumina publica,siue nauigabilia sint, siue non. Ait prætor, quo aliter aqua fluat,quam priore æstate fluxerit. Non omnis ergo qui immisit,vel qui fecit,tenetur, sed qui faciendo, vel immittēdo effecit aliter,quam priore æstate fluxit, aquam fluere.Quod autem ait,aliter fluat, non ad quantitatem aquæ fluentis pertinet,sed ad modum & rigorem cursus aquæ referendum est.Et generaliter dicendum est, cum vel depressior, vel altior fiat aqua, ac per hoc rapidior sit,cum incommodo accolentium, & si quid aliud vitii accolæ,ex facto eius qui conuenitur,sentiet, interdicto locus erit,*l.1.in prin.& post prin. ff. ne quid in flu pu.* quod interdum à conuentis truncatim & minus perfecte adductum est. Ait enim prætor, ne quid in flumine publico ripave eius fiat,quo aliter aqua fluat, quam priore æstate fluxerit. Cum igitur flumen per ædificationē molendini penitus nihil nec in qualitate nec quantitate sit immutatum, sequitur cōuentum Syndicum præfatum interdictum,ne quid in flumine publico, in præsenti casu impertinenter allegasse, quod etiam ex eo patet; ꝙ tale interdictū; Ne quid in flumine publico,&c. ex quo huiusmodi interdictū restitutoriū,&non prohibitoriū est; quemadmodū iureconsultus prædictū interdictum, ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aliter aqua fluat, quam in priore æstate fluxerit, à priore edicto, scilicet,de fluminibus, & ne quid in flumine publico ripave eius fiat,quo peius nauigetur, clare separat & distinguit.Inquit enim iureconsl.in,d.l.1.circa finem : Hoc interdictum restitutorium ꝑponitur, superius enim prohibitoriū est,& pertinet ad ea quæ nondum facta sūt: Siquidem iam factū est per hoc interdictum restituer : ex quo sequitur superius interdictū de fluminibus hic locū non habere, cum in præsenti casu non sit facta deterior statio,vel nauigatio, &c cum flumen non sit nauigabile, &c. Ait enim iureconsl.*in l.1.in § non autem.ff.de flu.* Non autem omne,quod in flumine publico ripave fit, coherceet prætor, sed si quid fiat, quo deterior statio & nauigatio fiat.Inferens,hoc interdictum ad ea flumina tantū pertinet,quæ sunt nauigabilia,ad cætera non pertinet. Nec obstat,quod sequitur in §.seq. Quia per istud molendinum aqua nō exarescit,nec cursus ipsius impeditur,quo minus fluat in prædictum aliud flumen, & inferius, vbi illi de G.habēt molendinum: Imo factum extra aquam fluminis publici: vt si in ripa factum sit, non dicitur factum in flumine publico. Et vt prædicta confirmentur, & iterum posito non concesso,quod prædictum flumen esset publicum,& conuenti iam haberent molendinum positum in parte inferiori fluminis, prout tamen non habent, tamen non posset impedire actricem ædificare volentem in superiore parte fluminis, cum illis in cursū aquæ nullum incommodum contingeret.

4 Nam † quando quis habet molendinum licite in par-
te inferiori fluminis publici, tunc demum alius in supe-
riori patre fluminis publici, non potest facere aliud mo-
lendinum secundum, noceret primo inferiori, propter
auersionem scilicet aquæ, & impedimẽtum cursus eius-
dem, & sic tamen eo casu quo impediretur per sequens
molendinum cursus aquæ ad inferius molendinũ prius
constructum, alias secus. Sed in præsentiarum per supe-
rius molendinum nullo modo impeditetur cursus aquę
ad inferius molendinum; Ergo, &c. *Et hoc vult Bart. etiam
in dict. repe. l. quo minus in 1. quæst. ff. de flu. post Cy. in dict. l. manife-
ste, Cod. de seruit. & aqu. per tera ibi per eos allegata, & ita communi-
ter sequuntur omnes DD. in praall. locis.* Nec aliquid facit con-
5 tra Actricem Regula, scilicet, † quod in re cõmuni me-
lior sit conditio prohibentis, cum prædictũ flumen non
sit commune, & posito quod esset cõmune, tamen præ-
dicta regula in præsenti casu locum habere non posset,
cum prædictum flumen sit ordinatum ad ædificationem
molendini ex disp. dom. feudi concedentis & inuestien-
tis, quo casu quando vnus scilicet ex sociis vult facere,
vel reficere in re communi, siue in loco cõmuni, ad eum
vsum ad quem res parata est, non habet locum dicta re-
gula. Sed non obstante prohibitionẽ socii sui, & eo inui-
to alius socius potest facere vel reficere iure communi,
ad eum scilicet vsum, ad quem est res parata. & intersit
prohibentis non fieri *leg. si ædes. ff. commu. diuid.* Sed ista Re-
gula tantum obtinet locum, quando quis vult facere vel
reficere, in re communi ad eum vsum, ad quem res non
est parata, *vt probatur in leg. Sabinus, cum ibi nota. ff. commu. di-
ui. & pulchre Dynus in dict. reg. in re communi.* Ex quibus omni-
bus apparet à sufficienti partium enumeratione, validos
N. posse ædificare molendinum circa sæpe tactum flu-
uium, de quo literæ inuestiturae eorum disponunt, siue
sæpedictus fluuius sit fluuius publicus, siue priuatus, si-
ue proprius ipsorum, siue communis, cum illis de G. Et
quod in præsenti casu non habeant locum Interdictum
sestiuiorum, ne quid in flumine publico, nec prohibi-
torium, nec dicta reg. in re communi, vt ex supra addu-
ctis plus quam liquido ostensum est. Quare concluditur
pronunciandũ fore pro validis M. & cõtra G. nisi prædi-
ctus Syndicus nomine Senatus G. possit probare Actri-
cem antehac etiam voluisse ibi ædificare molendinum,
& quod esset illi interdictũ, & prohibitum, & quod ipsa
paruerit, & acquieuerit huiusmodi prohibitioni, & q
post prohibitionem ad minus 30. anni præterierint. Nã
hoc casu contra Actricem esset præscriptum, quod ibi æ-
dificare non posset, &c.

THEMA CONSILII XLVI.

Quando filię, quæ dote accepta renunciarũt hæreditati paternæ & fraternæ, in casu quo cõtingeret eas hæredibus masculis post se relictis decedere, vigore talis renunciationis, intelligãtur exclusæ, ab hæreditate fratris post mortem patris, sine hæredibus masculis decedentis, &c.

S V M M A R I A.

1 *Post aditam hereditatem bona dicuntur heredis propria, & non testatoris, vel defuncti.*
2 *Post aditam hæreditatem bona patris dicuntur facta vnum patrimonium cum bonis filij.*
3 *Filia exclusa per statutum à bonis paternis, potest succedere fratri in bonis, quæ ex successione paterna ad ipsum peruenerunt.*
4 *In contractibus conditio existens trahitur retro ad tempus contractus.*
5 *Mens contrahentis, si de eo constat, semper attendenda.*
6 *Copula requirit concursum vtriusq; copulati.*
7 *Conditiones debent formaliter & specifice adimpleri.*

CONSILIVM XLVI.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter im-
plorato. Casus talis est: Generosus Do. Comes N.
habens duas filias, & vnũ filium, elocãdo filias, honestã
eis dotem cõstituit & enumerauit, qua accepta, ipsę, me-
diante iuramẽto, renunciarunt hæreditati paternæ, ma-
ternæ, & fraternæ, ita quod de cætero ad illas nullũ ve-
lint habere regressum, nisi contingeret patrẽ ipsarum, &
fratrẽ decedare, nullis hæredib. masculis post se relictis.
Cum iam prædictus Do. Comes decederet, relicto post
se filio, qui adiuit vel potius immiscuit se hæreditati pa-
ternæ, & eam tanquam propriũ patrimoniũ aliquandiu
possedit, & postea mortuus est, nullis hæredib. masculis
post se relictis. Et eam ob rem prædictæ filiæ D. Comitis
intendunt petere hæreditatẽ paternam, maternam, tan-
quam deficiente iam cõditione, sub qua illis renũcia-
rant. Quæritur ergo, vtrũ conditiones renunciationis
defecerint, & vtrũ ad hæreditatẽ paternam & maternã
admitti debeant. Et deciditur quod non, vt patet ex ra-
tionib. infra adductis. Omissa lõga & superflua discussio-
ne præmissa breuiter ostenduntur. Et primo † est indu- 1
bitati iuris, quod postq̃ hæres hæreditatẽ sibi delatã ad-
iuerit, vel filius in potestate se immiscuerit hæreditati
paternæ, hæreditas non amplius dicitur hæreditas, nec
obtinet nomẽ hæreditatis: Sed bona quæ antea fuerunt
hæreditaria, dicuntur & sunt iam bona ꝓpria ipsius hę-
redis. §. 1. vbi aperte hoc probatur, dum dicit text. Vt si
creditoribus satis non fiat, potius eius hæredis bona, quã
ipsius testatoris à creditorib. possideantur, vel distrahan-
tur, & sic est ibi clarus casus, quod seruo manumisso hæ-
rede instituto adita hæreditate, non dicuntur amplius i-
psius testatoris instituentis seruum hæredem, sed ipsius
met hæredis bona, & per consequens, amplius non sunt
hæreditaria, *Instit. de her. qual. & differentia, & in §. fin. ibi, Aut
eo hoc non faciente. Instit. quib. ex caus. manu. non lic. glo. in l. eius qui
in prouincia, in verbo, Hæreditati, & ibi Bartol. (mihi in princ. 5 col.)
versic. sed oppono, & DD. ff. si cert. pet.* vbi Bartol. allegat ad hoc
duos text. scilicet l. sed & si plures, §. si filio. ff. de vulg. &
pupil. substit. vbi habetur, † quod adita hæreditate per 2
filium, hæreditas patris dicitur effectum vnum patrimo-
nium filii. & l. fin. in fi. In quantum scilicet ibi in fine de-
ciditur; Quod quando filiusfa. habens peculium castrẽ-
se, efficiatur sui iuris, quod tale peculium confundatur,
& in illud patrimonium transferatur, ita scilicet, quod
amplius non dicatur peculium. C. de inoff. testa. *Sed præ-
dicta decisio melius probatur per dd. §§. quos ad hoc alleg. D. Iason in
d. l. eius qui in prouincia, super glo. in verb. Hæreditati, in prin. 16. co-
lum. quos allegat & Bartol. in l. fin. ff. ad Trebell. glo. in l. 2. §. veteres, in
gloss. mag. & ibi Legist. ff. de acq. poss. cum concor. citatis per D. Ias. vbi
supra.* Nec obstat text. in l. fin. §. sin autem æs alienum, vbi
etiam post aditam hæreditatem dicitur hęreditas, vbi sci-
licet pater habet licentiã ex rebus hęreditariis. C. de bo.
quæ lib. Nam ad hoc respondetur, *prout inquit Bartol. in rub.
post princ. in verb. Examinemus. ff. de acq. hered.* quod vbicun-
que post aditam hæreditatẽ appelletur hæreditas, quod
sit impropria locutio. Et prædictã regulam, quæ habet:
Quod hæreditas post aditionẽ amplius non dicatur hæ-
reditas, sed bona propria ipsius hæredis, ita videlicet,
quod bona quæ prius habebat hæres & hæreditaria effi-
ciantur vnum dominium, inducunt dd. in variis locis ad
plures

plures notab. decisiones, quarum quatuor ponit, *& declarat Dom. Iaf. in dict. l. eum, qui in prouincia, in 16. column. cum seq.* quas recensere esset magis laboriosum, quam vtile, cum sint claræ, tamen vnam adducam, quam ponit Ludo. & Alex. in d. §. veteres, & Iaf. vbi supra. Vbi decidunt, quod stante statuto, quod scilicet extantibus filiis masculis, filia fœmina dotata non succedat patri in hæreditate patris. Si postea moriatur pater duobus vel pluribus filiis masculis relictis, clarum est, quod vigore statuti solum filii succedant patri, & non filia dotata, & isti filii adeant hæreditatē patris, vel proprius loquendo, se immisceant
3 hæreditati patris. Ideo † si postea moriatur vnus ex prædictis filiis masculis, qui nihil habuit in bonis, præter bona ad eum ex hæreditate paterna delata, quod filia defuncti, non prohibeatur succedere fratri, non obstante statuto. Quia postquam filii adierunt hæreditatem, non dicuntur amplius bona hæreditaria, sed propria filiorum, & ita fratrum, de quibus statutum nihil disponit. Ita in proposito postquam generosus Dom. H. immiscuit se hæreditati, à qua filiæ sorores eius fuerunt renunciatione iurata de iure valida, *iuxta c. 12. de pact. in 6.* exclusæ, non dicuntur amplius bona paterna seu hæreditaria, sed propria bona ipsius hæredis filii, & quod sic post aditam hęreditatem paternam adeptus fuerit dominium & pprietatem huiusmodi bonorum. Cum etiam sola aditione hæreditatis sine apprehensione corporali, hæres acquirat ipso iure plenum dominium rerum hæreditariarum. *l. cum hæredes. in prin. ff. de acq. pos.* Cum ergo præfatus Dom. Comes H. nedum immiscuerit se hæreditati paternæ, sed et earundem possessionem corporalem apprehenderit, & per consequens habuit facultatem, pro arbitrio suo de illis tanquã suis propriis bonis disponere, & quouis modo prouidere. *l. fœmina. § illud, vbi est text. notab. quem multum ibi notat Bald. C. de sec. nupt.* Et licet contra prædicta videatur facere, quod ex quo filius Dominus Comes H. postea decesserit sine hęrede masculo, hoc est, sine filio, & quod ita fuerit purificata conditio, sub qua filiabus fuerit reseruata pars hæreditatis paternæ, à qua fauore filiorum masculorum, virtute scilicet renunciationis iuratæ, fuerunt filiæ exclusæ, quod huiusmodi conditio iuris fictione trahetur retro, & ita ad tempus renunciationis, imo verius ad tempus mortis patris, Comitis scilicet G. & per consequens, quod perinde iam sit iuris fictione, quæ loco veritatis habetur. *l. si quis adult. Cod. de adult. cap. is qui de sponsa. & plene Bartol. in repet. leg. is qui pro emptore. ff. de vsucap.* ac si Comes H. tempore mortis patris, sine legitimo hærede masculo ex corpore suo, esset mortuus.
4 † Cum in contractibus conditio existens trahatur retro ad tempus contractus, per text. ad literam, in l. si filiusfamil. in princip. ff. de verborum obligatio. vbi dicitur: Quod si filiusfamilias fuerit institutus, sub conditione, si scilicet emancipatus fuerit, & postea emancipetur, & sic conditio extiterit: quod patri Actio competat. Quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus, & *ad hoc quotidie allegatur dict. l. si filiusfamilias, & concord. le. potior, & le. qui balneum. ff. qui potio. in pigno. habentur.* Et prædicta regula nedum procedit in contractibus, sub conditione factis, in quibus etiam inspicitur tempus celebrati distractus, *leg. sub conditionibus, & ibi gloss. ff. de solut.* Et videtur fuisse mens patris, quod si post mortem suam contingeret filium suum Comitem H. mori sine hærede masculo, & ita filio, quod filiæ eiusdem scilicet patris, etiam in
5 bonis hæreditariis succederent, † quæ mens & voluntas contrahentis, si de eo constet, semper videtur attendenda, licet verba repugnent. *l. si in conditione, cum gloss. penult. ff. communia præd. & text. notab. in leg. final. C. quæ res pigno. oblig. non poss.* Sicut dicimus in vltimis voluntatibus, *vt in leg. si quis filium, alias 3. Cod. de liber. præter. vel exhæred. l. in conditioni primum locum, cum similib. ff. de cond. & demon.* Et bonum est argumentum de vltimis voluntatib. ad contractus, *l. seruum filij. §. eius qui chirographum. ff de legat. 1.* & quia pater censetur voluisse liberos primi gradus, & ita filias suas neptibus suis ex filio præferri, & eos magis dilexisse, *argum. eorum. quæ notantur in l. generaliter. §. cum autem. Cod. de institut. & substitut. sub condit. fact. l. cum acutissimi. Cod. de fideicommiss. l. cum auus. ff. de condit. & demonstratio. Et bene faciunt notab. per Bart. & DD. in l. Gallus. §. Quidam recte. ff. de liber. & posthum.* Et quod pater tempore renunciationis filiorum potuerit eis reseruare portionē hæreditatis paternæ, ex quo erunt exclusæ virtute renũciationis iuratæ, est clarum, ex quo pater potuisset testando eis prouidere, *patet per text. in §. final. Inst. de legit. agnat. success. & quæ not. Bart. in l. fin. in prin. 2. col. versic. extra glo. appos. C. de pact.*

Sed prædicta & alia quæ obiici possunt, videntur per sequentia tolli. Nam primo, ex quo sæpe præfata reseruatio patris in hæreditate paterna, &c. est facta sub duabus conditionibus, vt patet ex literis renunciationis, & solum vna conditio extiterit, siue purificata fuerit in persona, scilicet fratris prædictarum duarum dominarum, filii Comitis G. cum ipse decesserit sine legitimo hærede masculo ex corpore suo, & defecerit in persona patris Comitis G. cum decesserit cum legitimo hærede masculo, filio scilicet suo Comite H. Sequitur, quod prædicta reseruatio non habeat locum, nec habere possit. † Cum ad veritatem copulatiuæ regulariter requiratur vtranque partem esse veram. Copula enim requirit concursum vtrunque copulati. *leg. si hæredi. ff. de cond. instit. l. si quis stipulatus fuerit decem. ff. de verborum obligat.* Hinc decidit Bald. in c. 1. de duobus fratribus à cap. inuest. Quod stante statuto, quod si quis caruerit filio, & filia fratri succedat, quod requiratur concursus vtrinq;. Et quando copula ponitur inter duo substantiua, aliter non verificata, requiritur concursus. *Illam doctrinam tradit Bartol. in l. 1. in princip. versic. oppono ad hoc de l. Adre. lio. ff. de iusiit. & iur. per text. in l. huiusmodi. §. si Titia. ff. de legat. 1.* Imo nedum quando copula ponitur in vna oratione, sed etiam quãdo duæ orationes ponuntur copulatiuè, non principaliter per se, sed respectiue ad aliud, requiritur concursus vtriusque. *dict. l. si hæredi plures.* Secus quando plures orationes non copulantur ad aliud respectiue, sed quælibet principaliter, tunc copula magis ponitur causa ordinis, quam coniunctionis, ideo tunc non requiritur concursus vtriusque. *leg. 1. ff. de his qui nota. infa. leg. ff. ad l. Pomp. de parri. Illam notab. doctr. tradit Bartol. in d. l. si hæredi plures, & in dict. l. versic. quæro vtrum. ff. de his qui notan. infra.* Et † debent conditiones formaliter, & specifice impleri, *leg. qui hæredi. in prin. & leg. Meuius. ff. de condit. & demonstra.* Nec obstat l. Si mater, vbi conditio dicitur impleri per ęquipollens Cod. de instit. & substi. sub cond. fact. Quia ibi testator magis considerauit effectum, quam formam. Sed de hoc non est hic curandum. Quia vna pars istius copulatiuę nec in forma specifica, nec in æquipollenti adimpleta fuit, cum generosus Comes G. decessit relicto legitimo hęrede masculo ex corpore suo, filio scilicet suo H. & sic conditio reseruationis in sua persona defecit. Ergo, &c. Cum nunquam eis competierit, nec ab intestato deferri potuerit, in successione om. patrisfamil. liberi eius, si sunt omnibus aliis prælati, succedunt, non distinguendo sexus, &c. *Authen. in successione, & in corpore vnde sumitur. C. de suis & legit.* Et sic extantibus liberis defuncti cessat successio fratrum, vel suorum. *Authen. cessante, & in corpore, vnde sumitur l. de legit. hæred.*

Margin numbers printed beside the right column: 6 (at "Cum ad veritatem copulatiuæ…"), 7 (at "Et † debent conditiones…").

THEMA

THEMA CONSILII XLVII.

Iuramentum necessarium, vtrum, & quando possit deferri in causa matrimoniali.

SVMMARIA.

1 *Quod in causa matrimoniali, iuramentum necessarium non sit deferendum.*
2 *Iudex non debet suum officium impertiri, nisi petitum.*
3 *Non est aperienda via periuriis.*
4 *Nonnulli hominum faciles sunt ad iurandum, contemptu religionis.*
5 *Si Iudex comprehenderit aliquem de facili iurare, non debet ei iuramentum deferre.*
6 *Non debet alicui per iuramentum iniungi, quod verisimiliter non potest obseruare.*
7 *Semiplena præsumptione eliditur, vt non sit locus delationi iuramenti necessarii.*
8 *Vna præsumptio tollit aliam.*
9 *In causa matrimoniali, sententia non transit in rem iudicatam, quin possit retractari, comperta veritate.*
10 *Publicatis attestationibus, etiam super iisdem articulis, noui testes produci possunt in causa matrimoniali.*

CONSILIVM XLVII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quod in præsenti causa matrimoniali inter honestam Annam H. ex vna, & Casparum Z. altera ex partibus vertente, in prima instantia, in quantum scilicet actori in defectum probationis fuit delatum iuramentum necessariũ maxime eo non petente, male pronunciatum, & bene appellatum sit, clare apparet ex diligenti inspectione Actorum, attestationum, & præsertim exceptionis & declarationis, pro Rea & appellante oblatarum, & ex sequentibus magis ostendetur. Nam primo,
1 † non dubii iuris est, quod in causa matrimoniali tanquam ardua & graui, cum sit instar seruitutis. *argum. leg. 1. ff. de lib. hom. exhib.* de iure non deferatur iuramentum necessarium, nec deferri debeat, glo. est notab. & communiter à Canonist. approbata, in c. mulieri, in verbo, Absolutio, ibi, quod si mulier, de iureiur. vbi gloss. quærit: Quid si in casu d. c. mulier, habuisset vnum bonum testem, & sic qui fuisset omni exceptione maior, an ei fuisset deferendum iuramentũ necessarium, in supplementũ semiplenę probationis: & concludit quod non, quantumcunque honesta esset persona. Cum hic agatur quasi de statu hominis, *in Cano. in cap. fin. eod. titu. & Bart. in l. admonendi. ff. de iureiur. Paul. de Cast. & communiter Modern. in leg. 3. in fin. princ. ff. de reb. cred.* In quibus locis communiter concluditur, quod si ex parte Actoris sit semiplene probatum pro matrimonio, quod tamen Iudex non possit deferre iuramentum necessarium ipsi Actori, instar scilicet aliarũ causarum grauium & arduarũ; & illud iuramentum necessarium Iudex non potest deferre in supplementum semiplenæ probationis, nisi pars petat, vt illud deferat. Ita concludit Bart. in d. l. admonendi, videlicet,
2 quod de necessitate debeat peti. † Cum Iudex regulariter non debeat suum officium impartiri, nisi fuerit petitum *l. 3. §. hoc autem iudicium. ff. de damn. infect.* Ita tenet Ang. *in dict. l. admonendi.* Anton. de But. *in c. fin. de iureiuran.* & Domi. Ias. in sua solenni repeti. d. l. admonendi. *in 121. colum. in versicul. secundo quærit Barcol. vtrum pars, in vltima riga, cum princip. seq.* vbi dicit: quod ista sit cõmunis opinio, quod scilicet requiratur petitio partis, & quod Iudex ex suo officio non possit istud iuramentum deferre, & confirmat hæc per quædam similia, quorũ primum est istud. Nam stante statuto ciuitatis, quod Capitaneus teneatur ferre sententiam, secundum consilium sapientis: tale statutum intelligitur, parte petente illud consilium, *dict. §. hoc autem iudicium, & ita notant DD. in cap. fin. de rescript.* Et finaliter prorumpit in hæc verba: Ex istis remanet firma conclusio Bar. quæ est firma & communis, quod Iudex ex proprio officio nõ potest deferre istud iuramentum necessarium ei qui semiplene probauit, sed requiritur, vt expresse petatur à parte. Ex quibus iam liquido infertur, quod si præfatus Caspar Z. semiplene probasset impetitionem suam, sicuti tamen non probauit, cum nullus testium aliquod verbũ directe deponat super fœdere matrimoniali, vt patet ex dictis eorum, quod tamen adhuc non debuisset ei delatum esse iuramentum necessarium in hac causa matrimoniali, etiam si ab eo fuisset petitum, vt ei huiusmodi iuramentum deferretur. Imo quod est fortius, dato, non tamen concesso, sicut etiam non est, si Actor plus quam semiplene probasset suã intentionem, quod tamen adhuc non potuisset ei deferri huiusmodi iuramentum, etiam si fuisset ab eo petitum, non obstante, quod dicta cõclusio, quæ habet, quod in supplementum semiplenæ probationis in causa matrimoniali, tanquam ardua, Iudex non possit deferre iuramentum necessariũ, limitetur, nisi Actor plusquam semiplene probasset, & esset persona fide digna & honesta, quod scilicet tunc esset in arbitrio Iudicis, posse deferre iuramentum necessarium in supplementum probationis per gl. not. in c. vidua, in glo. fin. in princ. quæ loquitur in matrimonio spirituali, dum inquit: Sed si adiuuetur aliis præsumptionibus, & persona honesta sit, tunc forte ad plenam probationem posset sibi deferri sacramentum. Et bene est ponderatum, quod glo. ibi non loquatur assertiue, sed dubitatiue, vt patet ex ly forte de regula. & ita tenet Panorm. in d. c. mulieri. Ludo. in d. l. admonendi. Paul. de Cast. Alex. de Imol. & D. Iasin d. l. 3. & ponunt exemplum: Quod si Actor, qui stat pro matrimonio, habeat plus quam semiplenam probationem, vt vnum testem, & aliquam præsumptionem vltra testem, & ipse sit persona honesta, & optimæ vitæ, quod tunc stet in Iudicis arbitrio, deferre ipsi iuramentum necessarium in supplementum probationis. Et exemplificant hoc Moder. præcipue in illis terminis, vt si actor sit persona honesta, optimæ vitæ, nobilis, & diues, & petat aliquam puellam inferiorem se in vxorem, & ipse habeat pro se plusquam semiplenam probationem, quod tunc Iudex poterit ei deferre iuramentum in supplementum probationis, & ita debet intelligi secundum Alexand. de Imo. in d. l. 3. in fi. vlt. col. id quod notat Hostiens. in summa huius tit. de iureiuran. in §. vt supra, circa medium, vbi vult, quod in causa matrimoniali, & monachationis sit in arbitrio Iudicis deferre iuramentum necessarium, ei qui vult iurare pro matrimonio & monachatione, inspectis personis & circumstantiis causæ, prout in aliis causis arduis, *iuxta cap. fin. in verb. Sane, de iureiur.* Cum in proposito, citra iniuriam loquendo, Actor sit adolescens, & pauper, & satis leuis conditionis, & vitæ, & Dom. A. honesta, & antiqua matrona, bonæ & immaculatæ vitæ, & ex gratia Dei satis opulenta, & per consequens in præsenti casu, quod scilicet si Actor plus probasset, quam semiplene, sicut nec semiplene probauit, tamen adhuc non debuisset ei delatum esse iuramentum necessarium, etiam si expresse petiisset hoc sibi deferri, propter scilicet qualitatẽ personæ suæ, ratione cuius non cõprehenderetur in d. fallẽ. propter scilicet defectum tantæ honestatis & integritatis personæ suæ, *prout requirunt gloss. & DD. sup. allegat.* Imo consideratis & inspectis qualitate personæ Actoris, & etiam

etiam D. A. impetitæ, & singulis circumstantiis causæ, quia persona actoris iuuenis adolescens, non laborans, sed hinc inde vagans pauper, & sic vitæ non admodum integræ, vt dicitur à persona impetita honesta, & quasi senio confecta, satisq; opulenta, & cum hæc defectuosa in corpore, claudicans scilicet, & non amodo præsertim pro isto tempore pulchra, & ita non mediocris inæqualitas sit inter Actorem & Reum, verisimiliter timendum esset, si ipse actor admitteretur ad hoc iuramentum, eũ incursurũ anceps periurium, vt bona Reæ consequi posset, & ita ocio, crapulæ, & ebrietati indulgere, & absque dubio iuuenculas magis quam eam diligere. Quo quidem casu parti ad enitandum anceps periurium, de quo Iudex verisimiliter habet suspicari, etiam in casu in quo alias de iure esset deferendũ iuramentum, Iudex deferre

3 non debet. Non † est enim aperienda via periuriis. leg. 2. ibi, cur scientes prudentesq; periuriũ cõmitti patimur, tali ergo iuramento acquiescat, C. de indict. vid. tollend. & pulcher tex. in l. quæ sub cond. vbi deciditur, quod cõditio iurisiurandi addita institutioni, vel legato, &c. reijciatur à prætore, & assignat ibi iureconsf. duas rationes,

4 quarũ prima est, quam ponit text. ibi, & recte. Cum † n. faciles sint nonnulli hominum ad iurandum, cõtemptu religionis. ff. de condict. insti. & ideo Paul. de Cast. in d. l.

5 2. post Bald. in vlt. not. infert per tex. ibi. † Quod si Iudex viderit, & comprehenderit aliquem de facili debere & velle iurare, quod non debeat ei iuramentum deferre, etiamsi sit casus, in quo sit deferendum de iure, quia debet intelligi, scilicet, non suspecto de periurio, quod relinquitur Iudicis arbitrio. Et bonus text. in c. 3. alias cap. Clericos, & ibi Panor. de cohab. cle. & mulie. vbi deciditur, quod Clerici fornicarii censuris Ecclesiasticis compellendi sunt, ad dimittendas concubinas suas, & quod non debeant præstari facere, vt ipsi abiurent eas, ne in eandem fornicationem instinctu diabolicæ fraudis redeuntes periurii reatum incurrant. Et ibi gloss. in verbo,

6 Redeuntes, colligit arg. ex hac litera, † quod scilicet non sit iniungendum alicui per iuramentum, quod verisimile sit, quod non debeat illud obseruare, *per iura in ea allegata*. Ex quo notat Panor. Nunquam esse deferendum iuramentum illi, contra quem vehementer præsumatur de transgress. *gl. in cap. 2. in verbo, Abiurare, qui cleri. vel reuen.* Et dicit egregie Bald. & multum deseruit ad ꝓpositum nostrum, in dict. l. quæ sub conditione, *in ver. Item sunt quidã*, quod Iudex inter cætera debet hoc considerare, quando petitur sacramentum in defectũ probationis, quia debet cõsiderare, & distinguere inter qualitates personarum, *arg. istius litera, & pulchra glo. in cap. quamuis, 21. q. 1.* Et est ratio, quod isto casu non debeat deferri iuramentum, quia deferens isto casu est causa interitus animæ periurantis, de quo est pulcher tex. & ibi glo. Quem etiam citat Panor. in d. c. 3. in c. ille, 22. quæst. 5. & sunt verba B. Augustini, vbi dicit: Quod ille, qui hominem prouocat ad iurandũ, & scit eum falsum iuraturum esse, vincit homicidã, quia homicida corpus occisurus est, & ille animam, imo duas

7 animas, vt ibi latius in tex. Per quæ iterũ satis patet, † Actori in præsenti casu, etiamsi plus quam semiplene probasset, sicuti tamẽ non fecit, nullo modo fuisse deferendum iuramentum, in supplementum probationis, & per consequens, quod iudices in prima instantia, salua pace, satis inaduertenter fuerint moti ad deferendum illud iuramentum necessarium Actori, absque dubio ex depositionibus quorundam testium, scilicet primi & secundi ad quartum Articulum. Item quinti ad sextum. Item sexti ad quintum, & quorundam ad septimum Articulum, & vltimi ad sextũ articulum, ac si ex huiusmodi attestationib. essent ortæ præsumptiones & iudicia contra Reum, & pro Actore, quod scilicet inter eos fuissent contracta sponsalia de præsenti, & quod propter huiusmodi præsumptiones fuisset locus iuramẽti necessarii, & quod tales præsumptiones, siue iudicia sufficerẽt ad deferendũ iuramentũ Actori, in supplementum probationis. Cum, vt plus liquido ostensum est, etiã in causa matrimoniali, si Actor stans pro matrimonio plus quam semiplene probasset, Iudex adhuc non debeat ei deferre iuramentum necessarium, nisi etiam ipse sit persona honesta & optimæ vitæ. Item & quando non est timendum verisimiliter de periurio Actoris. Et quod in præsenti causa matrimoniali nullatenus deferendum sit Actori istud iuramentum necessarium, in supplementum probationis, fortificatur & confirmatur vltra prædicta ex eo. Nam cum Actor & Rea sint omnino inæqualis conditionis, quia, vt supra adductum est; Actor sit iuuenis, leuis conditionis, vacans ocio, Rea vero honesta matrona, senex, defectuosa, claudicans scilicet, satis opulenta, insurgit fortis & vehemẽs, imo vrgens præsumptio contra Actorem, scilicet quod intentauerit impetitionem suam contra Ream, vt bona eius, vel maiorem partem eorundem cõsequi posset, licet sciuerit, quod nunquam fuerit inter eos contractum matrimonium, prout etiam nullus testium verbum quidẽ de matrimonio deponit, quod tamen non esset verisimile, si Do. à H. contraxisset matrimonium cum eo, quod hoc non dixisset, & præsertim curatori suo Ioan. S. qui tamen aperte deponit, quod ipsa responderit, se nihil promisisse Actori, & ita quod omnes isti sermones, de quibus præfati testes deponunt, sunt à Rea prolati propter futurum tractatum, de bonis eiusdem, in quem ipsa consensit, sed cum Actor & Rea in præsentia amicorum vtriusq; non poterant conuenire, quia Actor nolebat contentari, de tertia parte bonorum Dominæ A. vt aperte deponunt, huiusmodi tractatus non fuit sortitus aliquem effectum, nec etiam matrimonium postea contractum, quod erat contrahendum isto casu, si de bonis conuenire possent. Et aliquibus testibus certũ & cognitum est, ista verba Do. Es sey so weit kommen / &c. ab ea prolata esse, solum propter tractatum futurũ, vt in actis latius deductum est. Sequitur clarissime, quod per illa omnia sint ortæ fortes & vehementes præsumptiones, per quas scilicet eneruarentur seu eliderentur præsumptiones, si quæ ortæ fuissent contra Ream, & pro Actore, quæ alias fuissent sufficiẽtes, sicuti tamen minime fuerunt, vt esset locus iuramenti necessarii. Nam quãdo etiam pars semiplene probauit intentionẽ suam, & sumus in casu, in quo alias de iure posset deferri iuramentũ necessarium, si tamen illa semiplena probatio eneruatur, eliditur, vel obscuratur per aliam præsumptionem, tunc non erit locus delationi talis iuramenti necessarii. Ita ꝓbatur per tex. nota. & ibi glo. secundum primũ intellectum, in l. 1. C. qui & aduet. quos: Vbi est casus, quod licet minori probãti semiplene, se in cõtractu læsum esse, deferendũ sit iuramentum necessarium, in supplementũ probationis, tamen hoc non procedit, si sit aliqua præsumptio cõtra minorem, quod scilicet nõ fuerit sua facilitate deceptus, vt quia minor exercuisset officium publicum tempore contractus, & ita præsumeretur industriosus, *& ita per hoc limitatur dict. l. in bonæ fidei, & dict. l. admonendi, & ita determinat etiam Bar. per d. l. admonendi (mihi, in antep. col.) vers. quæro vtrum vna probatio imperfecta*, & Bartol. in d. l. 1. in 2. col. dicit: Ex hac Lect. nota, quod semiplena probatio præsumptione eliditur, vt nõ sit locus delationi iuramenti. Subiungẽs, hoc esse menti tenendũ, *& ibi Legist. & valde not. Pau. de Cast. ver. ex qua gl. nota.*

&ibi

& ibi notat etiam pulchre Bald. *in 2. columm. in versicul. ex hoc nota.* Quod ad hoc, vt ex semiplena probatione deferatur sacramentum, debet non solum esse semiplena, sed verisimilis. Nam si contrarium est verisimile, semiplena probatio eliditur, & sacramentum nō defertur, quod est notandum, secundū eum. Et sic expresse vult Bal. quod semiplena pr· batio, & sic sufficiēs ad delationem sacramenti necessarii, non solum elidatur per aliam semiplenam probationem contrariam, sed per verisimilitudinem, quæ in cōtrarium fit. Sed in proposito nostro nihil verisimilius esse potest, quam quod Actor iuuenis, & pauper, ocio vacans, & voluptatibus indulgens, voluerit contrahere matrimonium cum Domina Rea vetula, & defectuosa in corpore, nisi prius certior redderetur, quanta bona post mortem eius, si contingeret eam præmori, quod probabile est, quia senem diu viuere impossibile est, licet possibile est adolescentem mori, consecuturus esset, & quod etiam constante matrimonio de bonis eius posset ventri, & voluptatibus inseruire. Sed quia nō potuerunt cōuenire, quia Actor plus petebat quam Domina A. offerebat, & sic tractatus iste, vt claret ex depositionibus testium, fuit sine effectu, & propterea partes in quadam dissensione ad inuicem recesserunt. Imo iam optime apparet, quare nullus testium deponit de matrimonio, quia partes prius voluerunt esse certæ de bonis, antequam contraherent, verum non potuerunt conuenire, ideo etiam nec postea contraxerunt. Ex quibus plus quam liquido infertur, quod Actori nō debuit deferri iuramentum necessariū, propter huiusmodi fortes & vrgentissimas præsumptiones si quæ essent pro Actore, eneruassem, vt non posset esse locus sacramēti ne-
8 cessarii, pro quo etiā accedit regula, quæ habet, † Quod vna præsumptio tollat aliam vulga. *leg. Diuus, & ibi Bartol. in 1. notab. ff. de rest. in integ. & pulcher text. in l. si qui adulterii. Cod. de adult. & l. mater. & ibi Ang. & Sal. Cod. de calum. & bona glo. in cap. ex litteris, in verb. Plenum, de rest. in integ.* Et quod in hac causa matrimoniali, si opus esset, sicut tamen minime opus est, vt patet ex prædictis, testes deponentes super dictis verbis Dominæ A, **Es sey so weit kommen**/ officio Iudicis reassumi & repeti deberent, ad requirendam veritatem, & ita ad declarandum eorū dictū, est sine dubio. † Cum
9 etiā sententia in causa matrimoniali non transeat in rem iudicatam, quin posset retractari, comperta veritate. *cap. lator. cap. consanguinei, de senten. & re iud.* Et in † causa matri-
10 monialі possunt etiam noui testes super iisdem Articulis recipi, publicatis iam attestationibus, *vt probatur in cap. attestationes, in verb. Attestationes, iuncto text. ibi, de despon. impub. & facit text. secundum vnum intellectum, in cap. ferus, &c. cum in tua, de testibus.* Quare omnino illi testes in prætacto casu repetendi essent, vt declarent eorum dictum & ita ob quam causam Domina A. protulit illa verba : **Es sey so weit kommen**/ Sicuti alias Iudex ex officio potest repetere testes obscure deponentes, & eos interrogare. *c. cum clamor, cum ibi nota. de testib.* Ex quibus omnibus iam necessario infertur, & concluditur, in præsenti causa matrimoniali nō esse deferendum iuramentum necessarium Actori, in defectum ꝓbationis: & per consequens, quod fuerit in prima instantia male iudicatum, & bene appellatum, & quod si forsan posito, non tamen concesso, & citra præiudicium veritatis aliqua præsumptio siue suspicio esset orta, contra D. ream, quæ superioribus præsumptionibus nō fuisset radicitus elisa, & ita quod Dominæ A. reæ esset deferendum iuramentum purgationis, *iuxta ea quæ not. secundum Hostiens. & DD. in d. c. attestationes, super gloss. fin. & quæ habentur in cap. fin. de iureiur.* ipsa posset huiusmodi iuramentum purgationis, salua & illæsa conscientia præstare, videlicet, quod nunquā contraxerit matrimonium, nec sponsalia per verba de præsenti cum Actore. Et inspecta qualitate personæ suæ, quia senex, & ita vicina morti, bonæ & inculpatæ vitæ, non est aliquo modo præsumendum eam peierare, & immemorem esse salutis animæ suæ. Et ita concluditur Dominam A. impetitam omnino fore & esse absoluendam ab impetitione Actoris.

THEMA CONSILII XLVIII.

De substitutione facta per schedulam, coram duobus testibus, post conditum testamentum, quatenus valeat.

SVMMARIA.

1 *Substitutio captatoria, in voluntatem alterius collata, non valet.*

2 *Vltima voluntas, collata in voluntatem alterius, non valet, etiamsi fiat ad pias causas.*

3 *Lex vel Canon habens varios intellectus, non potest allegari in decisionibus causarum.*

4 *Communis opinio, quod vltima voluntas in piis causis possit conferri in voluntatem tertij.*

5 *Vbi opiniones Doctorum sunt variæ, illa est tenenda, quæ fauet religioni.*

6 *Valet testamentum ad pias causas, coram duob. testib. factum.*

7 *Bonum argumentum in iure per reductionem ad absurdum.*

8 *Nemo potest cauere, ne in sua vltima voluntate iura locum habeant.*

9 *Relictum piæ causæ, vel pauperibus censetur Deo relictum, cuius contemplatione fit.*

10 *Dispositio facta fauore libertatis, dicitur facta ad piam causam.*

11 *Etiam maiori post aditam hæreditatem, potest substitui pia causa, scilicet opinione quorundam.*

12 *Licet sit communis opinio, maiori non posse substitui, post aditam hæreditatem directe, potest tamen oblique per fideicommissum.*

13 *Quæ dicatur substitutio compendiosa.*

14 *Quinque species substitutionis directæ.*

15 *Vna tantum species substitutionis obliquæ, scilicet fideicommissaria.*

16 *Commissaria duplex.*

17 *Detractio quartæ Trebellianicæ habet locum tantum in fideicommiss. vniuersali, & non in particulari. Fallit in pia causa.*

CONSILIVM XLVIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Quod reuerendus & nobilis vir, dominus G. à B. quondam Canonicus & senior insignis Ecclesiæ Cathedralis B. Anno, &c. 35. condidit testamentum suum, in quo post legata in eo relicta, instituit fratrem suū, etiam nobilem virum B. à B. &c. hæredem vniuersalem, & in eodem testamento inter cætera, miscuit hanc clausulam, siue Articulum, **Vnd ich bezeuge auch hiemit offentlich**/ &c. & postea Anno 36. virtute huiusmodi clausulæ & ꝓtestationis à se factæ, fecit scribi vnam schedulam, quam proprio signeto suo, in præsentia duorum testium signauit, in qua cōtinetur, quod substitueret præfatam Ecclesiam B. prædicto fratri suo à se hæredi instituto, si contingeret eum sine liberis legitimis, & ex corpore suo descendentibus, decedere. Et commisit VVolffgango S. vt prædictam schedulam seu Articulum substitutionis adderet ad suum testamētum, prout hæc omnia latius continentur in huiusmodi clausula & schedula substitutiōis addita, quę incipit: **Ich G. von**

von B. ꝛc. & quod B. à B. post mortem fratris sui Domini testatoris, adiuit hæreditatem eius sibi in testamento delatã, & postea etiam ab intestato sine liberis decessit, relicto post se etiam reuerendo & nobili viro, D. Iacobo à B. Canonico insignium Ecclesiarũ B. & H. fratre suo, ad quem eius hęreditas tanquam ad proximiorem suum agnatum, delata est. Et quod præfatus dominus Iacobus adiuit hæreditatem prædicti fratris sui B. & se pro hærede gessit. Et ita, vt præmissum est, cum B. à B. sine liberis decesserit, conditio, sub qua facta est substitutio, extitit & purificata est. Quare orta est contentio inter præfatum D. Iacobum à B. & reuerendissimũ Capitulum Ecclesiæ B. super validitate prædictæ substitutionis, quia Capitulũ prætendit eam fore & esse validam de iure, & ita quod de prædictis quinq; millibus florenorum, debeat disponi, ordinari, prout D. testator disposuit, in huiusmodi schedula testamẽto suo apposita seu annexa: D. vero Iacobus à B. ex aduerso asserit illam substitutionem esse nullam, & per consequens eiuscemodi quinq; millia florenorum ad se tanquam ad hæredem fratris sui B pertinere. Et quamuis mihi sint oblatæ quinq; quæstiones, tamen veritas totius difficultatis pendet ab eo; An prædicta substitutio de iure fuerit valida, vel inualida. Nam si de iure non valuit, dominus Iacobus à B. habet intentum. Quæritur ergo principaliter, an illa substitutio valuerit, nec ne. Et videtur, quod ipsi fuit nullius momenti, nec roboris. Et primo ex eo & principaliter, quia dominus Geurgius à B. in Christo defunctus, non addidit schedulam substitutionis, iuxta tenoré reseruationis sibi factæ in testamento. Nam verba eius ita sonant: Item ich bezeuge auch hiemit offenlich/ob ich einẽ oder mehr zettel meiner Handschrifft / oder eine Schrifft eines glaubwirdigẽ Notarien/der auff meinem geheiß vnd befelch geschrieben were/ in diß mein Testament legen oder stecken/ob in den anhangenden vbrigen blettern dieses meines Testaments/schreiben/ vñ mit meinẽ angebornen Insigel/versiegeln würde/ꝛc. Sed post annũ cum dimidio, dedit in mandatis præfato Wolffgango S. vt ipse adderet illum Articulum substitutionis ad testamentũ suum, vt claret ex illis verbis sæpe nominatæ schedulæ. Bekenne ich offentlich hie mit dieser Schrifft: dz ich gemeltem S. nachfolgendẽ Artickel addiren/vnd zu zuthun befohlen habe/ꝛc.
1 Et sic † videtur illa prædicta substitutio præcise collata in voluntatem tertii Wolffgangi S. & sic captatoria esse, & per consequens, quod nõ valeat, etiamsi talis substitutio fuisset facta à milite. l. captatorias, vbi dicitur: Captatorias institutiones etiã in militis testamento, nullius esse momenti, manifestum est. C. de test. mili. *& l. captatorias, in fi. & l. illa institutio, in fin. princ. ff. de hered. instit.* Quod nedum procedit in hęreditatibus, sed etiam in
2 legatis *l. captatoriæ. ff. de leg.* 1. Et prædicta, videlicet, † quod non valeant vltimæ voluntates, collatæ in voluntatem alterius, procedunt etiam quando talis vltima voluntas est facta ad piam causam. *Ita expresse decidit Bald. in d. l. captatorias, in 2. quæst. Angel. post eum, in princ. & Sal. in 2. colu. versic. oppono ab extra, quod institutio heredis, ibi, vel melius dic. C. de test. mil. Bald. in l. 1. in Lect. in pri. pen. colu. versic. iuxta hoc quæro, & in repet. d. l. 1. in 9 q. primæ partis prin. C. de sacros. eccles. Et dicit D. Ias. ad fin. d. l. captatorias, quod ista opinio magis placeat sibi.* Nec secundum præfatos DD. obstat tex. in c. cum tibi, de test. Nam secundum eos ibi vltima voluntas non fuit collata in alterius voluntatem, sed bene distributio & electio pauperum. Item d. c. cum tibi, habet multos & varios intellectus, *vt patet ibi per gloss. & DD. & ita etiam dicit Ioann. de Ima. in d. l. captatorias. ff. de hered. instit.* Sed isto casu traditur
3 regula; † quod Lex vel Canon, habens multos & varios intellectus, non possit allegari ad decisionem causarum. Ita vult Barto. *in l. in ambigua, per text. ibi, in versi. item hæc lex facit contra omnes, & contra me. ff. de rebus dub.* Et Bal. in l. 2. C. *quan prouo. non est necess.* Imol. & Lud. *in l. cum prælatis, per illum text. ff. de re iud.* & ita etiam expresse Alexan. de Imol. in d. l. captatorias, quod d. c. cum tibi, non probet opinionem contrariam, scilicet quod sit speciale in vltima voluntate captatoria ad pias causas, quod valeat, sed quod illa opinio cõtra prædictam probetur ex eo capite. Quia in dispositionibus ad pias causas, nõ attenduntur dispositiones iuris ciuilis, sed solum iuris gentium. *capi. cum esses, & cap. relatum, la 1. de test.* Quia ad hoc respondet D. Ias. defendendo opinionem Bald. in d. l. capta. ad fin. quod verum sit, quod regulæ iuris ciuilis nõ seruentur in dispositionibus ad pias causas, nisi quod tales regulæ non seruarentur, repurgaretur bonis morib. Nam tunc etiam seruandæ sunt ad pias causas, *allegans ad hoc Bartol. in vlt. q. in repet. d. l.* 1. Per quæ videtur inferri, quod cum vltimæ voluntates captatoriæ à iure sint prohibitæ, tanquam contra bonos mores, quod etiam non valeant factæ ad pias causas, maxime ex quo contrarium non reperitur de iure Canonico cautum. *Non obstante d. c. cum tibi. vt supra adductum est.* Tamen in proposito non est tutum, nec videtur per istud impugnari posse dictam substitutionem, duplici de causa.

Primo, † quia magis communis opinio DD. est, quod etiam vltima voluntas, facta ad pias causas, & ita quãdo 4
substantia istius institutionis, substitutionis, vel legati, confertur in voluntatem tertii, valeat, Ita pulchre tenet Bartol. *in repet. d. l. 1. in 3 q 5. q prin. & in l. Theopompus. ff. de præleg. & in l. quidam, & in l. verum. ff. de reb. dub.* Bartol & Bald. *in dict. l. capta.* Ange. in d. l. captatorias, dum dicit: Regula autem huius l. fallit ad pias causas. *Et Alex. de Imol. in d. l. captatorias. C. de test. mil. cum multis concord. per eum adduct. & Cano in d. cap. cum tibi, & ibi valde notanter Panorm. in versi. alii aliter legunt.* Et ab ista communi opinione DD. durum esset in consulendo & iudicando recedere, maxime per regulam, quę habet; † Quod quando in aliquo Articulo sunt 5
variæ & plures opiniones DD. quod illa sit tenẽda, quæ fauet religioni. *l. sunt personæ. ff. de religio. & sump. fu. c.ap. fin. de re iudi.* Sed opinio Bart. & cõmunis fauet religioni, & piæ causæ. Ergo, &c. Item secunda causa est, quia datu quod contraria opinio esset verior, & communior, prout tamen non est communior, vt ex prædictis claret. Nam etiam Bal. & Ang. in hoc Articulo sunt sibi inuicem cõtrarij, vt iam adduxi, tamen adhuc non videretur præsens casus in eo cõprehensus. Quia secundum DD. *in d. l. captatorias. C. de test. mil. & in d. l. captatoria. ff. de leg.* 1. Illa dicitur dispositio captatoria, quando substantia istius institutionis, substitutionis, legati, vel fideicommissi, cõfertur in voluntatem tertii, vt quando testator dicit: Instituo Seium hæredem meum, si Gaius voluerit. Vel sic: Instituo illos hæredes, quos Gaius voluerit. Quæ exempla ponit gl. in d. l. captatorias. Nam isto casu substantia seu essentia ipsius dispositionis, confertur in voluntatẽ alterius, ideo tanquam captatoria non valet. *d. l. illa institutio, cum simil.* Sed substantia substitutionis, quõdam per nobilem virum D. Georgium à B. Canonicum, & seniorem insignis Ecclesię Cathedralis B. factæ præfatæ Ecclesiæ, de quinq; millibus florenorum, si contingeret fratrem suum B. à B. sine liberis ex corpore suo, decedere, nõ est collata in voluntatem tertii Wolffgangi S. quia non dixit: Substituo Ecclesiam vel Capitulum, si Wolffgangus voluerit, sed solum commisit ei, vt suam dispositionem siue schedulam, sigillo suo roboratam, in qua cõtinetur prædicta substitutio de quinq; millib. florenorũ,

adderet ad testamentum à se prius factum, virtute scili-
cet reseruationis, siue protestationis. De qua in prædict.
vers. Testamenti. Ergo, &c.

Sed secundo & fortius adducitur pro D. Iacobo à B.
Nam licet illa substitutio in præsenti casu, tanquam ad
piam causam, ex eo quod solum fuerit facta coram duo-
bus testibus, & post testamentũ Domini testatoris, non
6 possit dici nulla. † Cum in qualibet vltima voluntate ad
piam causam, sufficiant duo vel tres testes. Quia in hu-
iusmodi vltimis voluntatibus, ad pias causas sint de iure
Canonico sublatæ solennitates iuris ciuilis, requisitæ ad
testamẽtum, codicillos, ad aliam vltimam voluntatem,
& huic iuri Canonico stetur in vtroq; foro. *d. cap. cum esses,
& d. cap. relatum, la 1. & ibi Cano. de testa. Bar. & Legist. in d. l. 1. C.
de sacros. eccles.* Tamen ex quo illa schedula post interual-
lum anni & dimidii, affixa est testamento, non probat
duos testes interuenisse, cum sit scriptura omnino pri-
uata, nullo sigillo authentico roborata, nec interuenit
publicũ instrumentum, nec testes in tali schedula nomi-
nati se subscripserunt, & sic nõ probat quod interuene-
rint tempore assertæ substitutionis, & scriptæ schedulæ,
testes in eo nominati, dato quod millies esset signata si-
gillo testatoris, vel manu propria sua scripta vel subscri-
pta. Nam si tales schedulæ priuata manu testatoris scri-
ptæ vel subscriptę, probarent sine alio documẽto, solen-
nitates iuris gentiũ, vel diuini, numeri scilicet duorũ vel
trium testium, vel iuris ciuilis ad vltimã voluntatem re-
quisitæ, si in eis exprimerentur interuenisse, excluderen-
tur, vt apparet, omnia iura de ipsis disponẽtia, quod esset
7 absurdissimum. Sed † bonũ est argumentũ in iure per re-
ductionẽ ad absurdum. *c. noua, de pœni. & remiss. c. In Genesi,*
8 *de elect.* Item † nemo potest cauere, ne in sua vlt. volunta-
te iura locum habeant. *l. testandi. C. de testa. l. generalis. C. de sa-
cros. eccles. l. quidam decedens. ff. de admi. tut. cap. requisiti, & cap. tua
nobis, de testa.* & hoc procedit sine dubio in iurib. aliquid
introducentibus pro forma & solennitate, licet alias sit
secus, *secundum Bald. in l. 2. in princip. C. vt in possess. legat.* Sed si
huiusmodi schedulę probarent solennitates, scilicet nu-
merũ testium, vel alias à iure requisitas ad vltimam vo-
luntatem, sine alio documento: Omnia iste iura vtique
essent elusoria, & de facili posset committi fraus in testa-
mentis, quod nequaquam est dicendum, vt supra dedu-
ctum est. Cum huiusmodi solẽnitates principaliter sint
adinuentæ, ne fraus cõmittatur in testamentis; iuribus
vulgaribus. Cum ergo ad vltimam voluntatem etiam ad
piam causam, requirantur ad minus duo testes. *d. cap. rela-
tum,* & sępe nominata schedula non probat eos testes in-
teruenisse: Sequitur, quod præsens casus etiam non sit
cõprehensus in dispositione iuris Canonici, *d. scilicet cap.
relatum, &c.* Nisi ex aduerso possit probari per duos te-
stes, in schedula nominatos, quod Do. Georgius à B. fe-
cisset substitutionem iuxta tenorem schedulæ insertæ.
Nam hoc sufficeret, cum etiam sufficiant duo testes ad
probandum totum tenorem testamenti, quando instru-
mentum testamenti solenniter confectum casu fortui-
to est perditum, & istud probaretur per duos testes, qui
scilicet fuerunt testamentarii. *Ita probatur per text. sing. in
simili, in l. testium, & ibi ad hoc notat Bald. C. de testib. & loquun-
tur ibi Ange. Saly. & Alex. de Imol. in l. si vnus. C. de testa. & in l. 2. de
bon. poss. secundum tab. D. Ias. in l. hac consultissima, in 2. solu. versic.
alios casus. C. de test.* Et istud videtur capitale fundamentum
esse pro nobili viro D. I. à B. &c. si duobus testibus omni
exceptione maioribus non possit probari tenor præfatæ
schedulæ, qui scilicet interuenerunt, &c. Nec obstaret, si
obiiceretur, quod sufficeret præfatam schedulam esse
sigillo D. Georg. testatoris signatam siue roboratam, per
ea quę habentur in Auth. Quod sine, & in corpore vnde
sumitur. C. de test. & quæ ibi not. vbi scilicet habetur, ꝙ
ad hoc vt valeat vltima voluntas patris inter liberos, suf-
ficit quod sit manu eius scripta vel subscripta, vel signa-
ta, absque vllis testibus, & per consequens idẽ videatur
dicendum in vltima voluntate, cõdita ad piam causam,
cum maximus sit fauor piæ causæ. Nam † relictũ Eccle- 9
siæ vel pauperibus, censetur Deo relictum, cuius cõtem-
platione hoc censetur factum. *argum. l. seruo legato. §. si testa-
tor. ff. de lega.* Quia hoc, scilicet, ꝙ valeat testamentum,
vel vltima voluntas, quo ad piã causam, si sit scripta ma-
nu testantis, vel ab eo subscripta siue sigillata, non repe-
ritur cautum, nec de iure ciuili, nec de iure Canonico,
nec solennitates à iure ciuili requisitæ ad testamentum,
sunt sublatæ de iure ciuili in testamento ad piam cau-
sam. *d. l. generali lege, ibi, quod tamen omni alia ratione iuris mu-
nitum sit. C. de sacros. eccles.* Nec per l. 1. C. eod. tit. secundum
communiter DD. ibi. Sed bene de iure Cano. solennitas
numeri testium in testamento siue vltima voluntate re-
quisita, est sublata, quia in ea nõ requiruntur 7. vel 5. te-
stes, sed sufficiunt duo vel tres. *d. c. relatum.* quod ius fauo-
re piæ causæ vbique seruandum est, & præualet in vtro-
que foro, *secundum DD. in d. l. 1. & in d. l. generali, & in d. cap. re-
latum.* Sed de iure Canonico etiam nõ reperitur cautum,
quod valeat vltima voluntas ad piam causam, sine duo-
bus testibus, sed est necesse ad hoc vt obtineat vires,
quod interuenerint duo testes. *d. cap. cum esses, & d. cap. rela-
tum.* & hic non mutatur quod stare prohibetur. *l. præcipi-
mus, in fi. cum simil. lib. C. de appella.* Quod autem testamen-
tum siue vltima voluntas ad piam causam, nisi ad minus
interuenerint duo testes, non valeat, patet expresse in d.
cap. relatum, *& probatur inconuincibiliter in §. 1. versic. si tamen.
tenet. vers. Aut libertas.* Et sequitur: Et hæc propria scripta
manu, dictaque à testatoribus coram omnibus, &c. in
Auth. de imperfect. test. coll. 8. vbi apparet, quod quan-
do testator inter liberos manu propria scripsit vltimam
voluntatem, si vult in eadem volũtate relinquere liber-
tatem seruis, oportet quoad solennitatem, quod coram
duobus testibus exprimat illud, quod scripsit. † Clarum 10
autem est, quod dispositio facta fauore libertatis, dici-
tur esse dispositio ad piam causam, vt l. 1. in fi. ibi, qui pri-
mus ad hanc rationem pietatis peruenit. C. de com. ser-
ma. per quem textum dicit ibi Bald. Nota quod libertas
sit actus pietatis, *& probatur in l. proxime. ff. de his quæ in te-
stam. delen. & ibi Bartol. & Bald. in l. si iure. C. de testa. manumiss. &
in l. penult. in princ. C. de fideicommiss. liber. & idem notab. decidit
Alexan. de Imol. in cons. 76. incip. ponderatis his, de quibus in themate
in fi. pen. colum. versic. Super quarto & vltimo, cum princ. vlt. in 3.
volum.* Idem vult expresse Bald. scilicet quod vltima vo-
luntas, condita ad piam causam, requiratur, quod inter-
fuerint saltem duo testes, tempore conditæ huiusmodi
vltimæ voluntatis. Et priuata scriptura etiam manu te-
statoris scripta, vel suo sigillo sigillata, non probat te-
stes in eo nominatos, interuenisse, siue præsentes fuis-
se, quod dicta vltima voluntas sæpe nominati D. Geor-
gii à B. de qua in schedula addita, ex post facto ad testa-
mentum suum, potissimum vt in ea per alium Wolff-
gangum S. de iure subsistere non valeat. Et per conse-
quens, quod Domini Testamentarii Domini Georgii,
solum de facto impediunt Dom. Iacobum à B. tanquam
hæredem Domini B. fratris sui, in perceptione annuo-
rum reddituum de prædictis 5000. florenorum, nisi illi
duo testes in tali schedula substitutionis nominati, præ-
stito corporali iuramento, deponerent, se interfuisse,
vidisse, & audiuisse, quod Dom. Georgius talem substi-
tutionem, prout in schedula cõtinetur, fecisset, & essent
omni

omni exceptione maiores, & ita nō suspecti, sed fide digni, *vt patet per ea quæ vult Bald. in d. l. 1. in præallega. versicul. quæro circa solen. in lec.* Et per prædicta, *& potissimum per d. c. relatum, & nota. in d. l. 1.* patet, & est indubitatum, ex eo solum, quod sæpe prænominata schedula substitutionis fuerit post annum & dimidium, à tempore conditi testamenti, ipsi adiuncta, & quod tamen interuenissent duo testes, huiusmodi vltima voluntas siue substitutio ad piam causam, impugnari non possit, ad quæ plura alia adduci possunt, quæ tamen breuitatis intuitu, tanquam superflua, omittuntur. Potissimum autem attenta opinione,
11 † quod etiam maiori post aditam hæreditatem possit directe substitui pia causa, & ita quod l. post aditā. C. de impub. & aliis substit. fallat in pia causa, *prout tenet Alexand. de Imo. in addit. ad Bartol. in repet. d. l. 1. super sexta quæst. 5. quæstionis princip. Bart. in versic. an maiori.* Et ad hanc sententiam accedit Regula, quæ habet; Quod solennitates iuris ciuilis sint per ius Canonicum in testamento, siue vltima voluntate ad piam causam sublatæ, *vt nib. sup. sæpe alleg.* Quod tamen etiam procederet, scilicet, quod ex eo solum dicta substitutio non posset dici, nulla retenta opinione contraria, videlicet, quod maiori post aditam hæreditatem non possit etiā pia causa substitui directe, *prout tenet Bart. magistraliter in d. repet. l. 1. in 6. 5. quæst. princip. (mihi, in 14. col.) versic. sexto quæro, an maiori possit, &c.* quia regulæ iuris hoc non patiuntur, & Bald. in repet. d. l. 1. Idem tenet Bald. in l. extraneum, la 1. *in penult. colum. versic. vlterius quæro*, & ibidem Sal. *in vlt. colum. versu. quæro tertio, instituit vxorem.* C. de hæred. insti. vbi quærunt: Quid si testator instituerit vxorem suam hæredem, donec vixerit, & post mortem eius hospitale vel pauperes instituerit, & ita per verbum directum, an mortua vxore, & ita adita hæreditate, hospitale vel pauperes veniant iure directo, vel fidei-
12 commiss. & concludunt, † ex quo paganus, id est, non miles, non possit substituere post aditam hæreditatem maiori directe, quod tale verbum directum, scilicet instituit, obliquetur, & quod substitutio valeat iure fideicommiss. ad pias causas, per l. Sceuola, vbi deciditur: Si pater instituerit hæredē suum impuberem ex asse in testamento, eique substituerit pupillariter in Codicillis, & filius postea in pupillari ætate decesserit, quod licet substitutio sit inutilis, quum hæreditas Codicillis nec dari, nec adimi possit, quod tamen benigna interpretatione frater pupilli, qui hereditatem eius adiuit, teneatur substitutio iure fideicommissi, & ita ille text. semper ad hoc alleg. quod verba directe prolata in Codicillis, quum nō possint operari, iure directo obliquentur, & important fideicommissum. *ff. ad Trebell. & per l. Centurio. ff. de vulga. & pupilla. substitut. iuncto cap. si pater, de test. in 6.* Tamen de hoc hic non est latius insistendum, quia, vt claret ex verbis substitutionis, factæ per dominum testatorem in schedula, ponuntur in dispositione illa verba: Ist mein letzter Will / so gedachter Bartholdt / mein lieber Bruder / &c. ohn eheliche leibliche Erbē mit tode abgehen würde / dz als dañ von allen solchen Gütern / was er võ mir (als von solchen geistlichen meinen Pfründen vnd Lehen herkommen) empfangen hat 5000. Gülden an guter ganghafftiger Müntze / an obgedachte Thumbstifft zu Bamb. widerumb fallen / vnd durch jne dahin gegeben / vnd geordnet werden sollen / Welch jetztgenannte Thumbstifft ich hiemit per viam substitutionis in der besten Form der Rechten in den gedachten 5000. Gülden eingesatzt vnd substituirt haben wil.

Sed clarum est, quod illa verba, Vnd durch jnen / scilicet die Erben Bartholdt võ B. dahin geordnet vñ gegeben werden sollen / sunt mere obliqua. Item verbum, Substituirt haben wil / & ita verbum Substitutio est cōmune, quod ex propria significatione potest trahi ad substitutionem directam & indirectam, *secund. Bart. & Legist. in d. l. Centurio. Can. in cap. Raynutius, de testa. & in plerisque l. ciu.* Ideo liquido infertur, quod si etiam Dominus testator substituisset Ecclesiam Bam. fratri suo maiori instituto hæredi in tota hæreditate, vel in quota, per prædicta verba obliqua & cōmunia, compendiose scilicet per hæc verba: Et quandocunque decesserit frater meus Bartoldus sine liberis, substituo ei Ecclesiam in tota hæreditate, vel in quota, scilicet semisse, &c. quod adhuc valuisset talis substitutio, post aditam hæreditatem, iure scilicet fideicommiss. Quia licet paganus non possit post aditam hæreditatem maiori directe substituere, potest tamen iure fideicommissi, *vt patet per totum titul. ff. ad Trebell.* † Dicitur 13
enim substitutio cōpendiosa, quia sub compendio verborum complectitur multa tempora, fit enim per hæc verba: Quandocunque decesserit hæres substituo, &c. *secundum glo. in §. qua ratione, Instit. de pupilla. substit. & in d. cap. Raynutius, & ibi DD. de testa.* Et hoc etiam procedit, si solum vnam substitutionem contineat, scilicet fideicommissariam, vt quando est facta pagano maiori, post aditam hæreditatem, & sic nihil repugnat, quod sit cōpendiosa, & contineat solum vnam substitutionem, scilicet fideicommissariam, quia sufficit, quod sub compendio multa tempora complectatur, *secundum Bald. Paul. de Cast. & D. Ias. in l. precibus. C. de impub. & aliis substit.* Licet etiam possit continere directas substitutiones, & fideicommissariam, vt si pater paganus instituit filium suum impuberem hæredem, & substituit ei compendiose per verbum cōmune, hoc scilicet modo: Et quandocunque decesserit filius meus impubes sine liberis, substituo ei Gaium. Nam illa substitutio cōpendiosa, pro tempore pupillaris ætatis, valet iure directo, quia si filius impubes decesserit in pupillari ætate, adita hæreditate, substitutus admittitur iure directo ex pupillari, vel si non adierit, ex vulgari. Si autem decesserit post pupillarem ætatem, & adita hæreditate, postea illa substitutio facta per verbum commune, obliquatur, & valet iure fideicommissi, *secundum gloss. mag. circa fin. in d. §. qua ratione, & ita communiter tenent DD. vt Sal. & Moder. in d. l. precibus. Angel. Imol. Paul. de Castr. Cuma. & Alexan. in d. l. Centurio & probatur per d. c. Raynutius, & in d. capit. si pater, cum multis concord. adductis per D. Ias. in d. l. precibus, in 10. colum. versi. capio secundam quæstionem.* Sed claret ex verbis substitutionis, Dominus Testator non substituit Ecclesiam B. fratri suo Bartoldo nec cōpendiose, nec directe, quia illa substitutio nō est facta per verbum quandocunque, & sic per verbum, quod complectitur multitudinem & alterationem temporum, nec est directa, vt patet discurrendo ad singulas species substitutionis directæ. Non enim vulgaris, quia non dixit: Si frater meus scriptus hæres, non adiuerit hæreditatem, &c. nec pupillaris, nec exemplaris, nec reciproca, quæ scilicet fit pluribus hæredibus institutis, nec etiam compendiosa, vt ostensum est: Nam † istæ sunt quinque species substi- 14
tutionis directæ, *quas ponit gloss. in d. §. qua ratione, & in d. capit. Raynutius.* & ex illis directis duæ sunt tantum propriæ species substitutionis, scilicet vulgaris, & pupillaris, & aliæ tres non sunt propriæ species substitutionum de per se, *vt declarant Bald. & Modern. in rub. ff. de vulga. & pupilla. substitu.* ideo inquit Bal. *in l. quidam elogio. C. de iure delib.* quod vulgaris & pupillaris sint cardinales substitutiones, & quod super istis cardinalibus omnes species directæ substitutionis fundatæ sunt, & inde vitā exhauriunt. Sed est præcise † substitutio obliqua, quæ non est nisi vna, scilicet 15
fideicommissaria, vt etiam innuunt illa verba, scilicet, Durch jne dahin geordnet / vnd gegeben werdē sollen. *De qua*

16 *scilicet tractat. tot. titul. ff. & C. ad Trebell.* Et † ista fideicommissaria est duplex: Quædam vniuersalis, quæ scilicet est de tota vel de parte hæreditatis. Quædam particularis, vt patet *Instit. de fideicom. hæred. iuncto tit. Instit. de sing. rebus per fideicommiss. relictis, Vt declarat D. Ias. in l. in testamento, in princip. C. de testam. milita.* Sed substitutio in præsentiarum non est etiam vniuersalis, quia non est facta de tota hæreditate, nec de parte eius, nec de semisse, nec de triente, &c. sed particularis, scilicet de quinque millibus floreno-
17 rum. Et † sic hic etiam non est tractandum, an habeat locum detractio quartæ Trebellia. quum illa solum procedat in fideicommisso vniuersali, & non in particulari, *vt in tot. titul. ff. & C. ad Trebell.* Quæ tamen detractio Trebellia. etiam cessat in fideicommisso vniuersali relicto piæ causæ: & ita sicut hodie cessat Falcidia in relictis particularibus ad pias causas, *Auth. Similiter. & in corpore vnde sumitur. C. ad l. Falcid.* Ita etiam hodie cessat detractio Trebellia. in relictis ad pias causas, *secundum Bar. & magis communiter DD. in l. Marcellus. §. quod autem. C. ad Trebellia.* Et est sine omni dubio, quod Iacobus à B. in casu quo dicta substitutio probaretur per duos testes omni exceptione maiores, quod posset agere contra Capitulum B. vt scilicet annui redditus percepti ex summa capitali, conuerterentur vna cum summa in vtilitatem Ecclesiæ, iuxta ordinationem Domini Testatoris. Et sic breuissime patet, prædictam substitutionem nullo modo impugnari posse, ex eo quod cautum sit, quod paganus non possit maiori directe substituere post aditam hæreditatē, quia, vt deductum est, non sumus hic in isto casu.

THEMA CONSILII XLIX.

Casus sequentis consilii talis est: Cū Marcus N. graui & mortali morbo cōprehensus decūberet, & iam morti proxim⁹ esset, & haberet liberos ex prima vxore, & secundā vxorem iuuenculam certis quibusdā pactis dotalibus superinductā, amici & consanguinei vxoris cupientes illi pinguius per maritū prouideri, cœperūt instare, quo maritus decūbens cōdito testamento, vxori tertiam bonorū partem relinqueret, & aliqua prælegata faceret: q; cum differret ægrotus maritus, & mors eius verisimiliter instaret, & timeretur, tantū effectū est per pdictos amicos, vt tres personę ex Senatu, cum Scriba Senatus, ęgrotū decumbentem accedentes, significarent se ab amicis eius rogatos illū accedere, vt adessent ordinationi testamenti, q; condere eū velle amici significassent, iuxta tenorē chartæ & copiæ illis oblatæ, q̄ sigillata erat sigillo ægroti, cū tamen tenorē ægroto explicite non legissent, sed tantū significassent, se vxori tertiam partem bonorū suorū relinquere, ad q; eum annuisse refertur. Secundo, q; faceret vxori quoddā prælegatū horti, ad quod se patri vxoris hoc facere pollicitum esse, verbis tamen non satis expressis, & vix intelligibilib. vt pote morbo ita oppressum, vt loqui vix potuerit, eū respondisse asseritur. Et hinc materia quæstionis orta, vtrū testamentū ita, vt in facti specie relatū est, conditū, de iure valeat, nec ne. Et respondetur quod non, vt infra ex sequenti consilio patebit.

SVMMARIA.

1 *Etiam semimortuus, & habens linguam balbutientem, testamentum condere potest.*
2 *Quid requiratur ad validitatem testamenti Nuncupatiui.*
3 *Articulate loqui non potens, tanquam mortuo similis, testari non potest.*
4 *Hæredis institutio non potest fieri nutu, vel per alia signa.*
5 *Quando testator dicatur non articulate loqui.*
6 *Expressio hæredis quomodo in testamento nuncupatiuo sit necessaria.*
7 *Quod non valeat testamentum ita factum, vt scriptura legatur testatori, etiamsi eam approbet verbis expressis, nisi constet talem scripturam de sua voluntate factam.*
8 *Mortis cogitatione turbatus, præsumitur non fuisse sanæ mentis.*
9 *Institutio facta per suggestionem, vel sollicitudinem, vel importunitatem alterius, non valet.*

CONSILIVM XLIX.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter viso & ponderato casu, mihi in præsenti charta oblato; Respondendum de iure arbitror, huiusmodi testamentum, secundum ea quæ in casus figuratione narrantur, conditum, esse nullum. Et quod prædicta decisio, stante scilicet contingentia facti, in veritate sit iuri consona, breuiter ostenditur. Et pro clariori elucidatione prædictorum, videtur prima fronte illud testamentum valere, non obstante graui infirmitate testatoris. † Cum etiam semimortuus, & habens 1
linguam balbutientem, testamentū condere possit. *Text. est ad literam in l. quoniam indignum, ibi, quæ semineces & balbutiens lingua perfudit, quem ad hoc ibi Angel & Moder. reputant singularem. C. de testament. l. Pamphilo. §. propositum, ibi, in discrimine vitæ per infirmitatem, ff. de leg. 3. l. si pater. §. fin. ibi, in extrema valetudine. ff. de fideicommiss. liber. cap. t. Raynutius, in princip. ibi, in extremis posita, & in capit. Nos quidem, ibi, de hac luce migrantes, de test. cap. fin. ibi, in extremis. de success. ab intest.* Per quæ iura patet, quod actus dependens à mera voluntate disponentis, cuiusmodi sunt, vltimæ voluntates, exerceri possit à laborante in extremis. Cum satis sit eum esse sanæ mentis, à qua dependet validitas actus. Et potest ad hoc etiam adduci tex. in l. hac consultissima. §. ex imperfecto, cum auth. seq. C. de test. Auth. si modo. C. famil. herciscu: cum testator hic quoq; instituerit filiam suam, quo casu solennitates iuris ciuilis in testamento requisitæ, sublatæ sunt dd. iuribus.

Tamen prædictis omnibus, & quibuscunq; aliis non obstantibus, in contrarium est veritas, vt clare patebit. Et primo indubitatum, quod testator voluit facere testamentum nuncupatiuum. Sed isto casu † ad hoc, vt va- 2
leat tale testamentum, est necesse, quod testator in præsentia testium exprimat nomina hæredū, ita quod exaudiri possunt. *l. hæredes palam, in princip. & ibi DD. ff. de testam.* Item & secundo indubitatum est, quod si testator articulate loqui non possit, quod tanquam mortuo similis, testari nō possit. l. iubemus, ibi, Si enim talis est testator, qui neque scribere, neque articulate loqui potest, mortuo similis est. C. eo. tit. de testam. & ibi pulchre Barto. in princ. in hæc verba prorumpit: Nota ex hac lege, & perpetuo tene menti, † quod ille, qui non potest articulate 3
loqui, mortuo similis est, & ideo quum testator loquitur balbutiendo, quum primo fuerit homo rectæ linguæ, si fecit testamentum, non valet. Subiungens ibi Bart. Et semel faciebam exceptionem ad impugnandū testamentum quoddam, quia erat factum ab eo, qui non poterat articu-

articulatè loqui, dicens, tene menti. *Angel. & Imol. in l. in aduersa. ff. eod. tit. Angel. in l. in fraudem, §. 1. ff. de testam. mil.* Et sic patet ex d. l. iubemus. ibi, non enim, & in versi. Oportet,
4 † quod hæredis institutio non potest fieri nutu, vel per alia signa, *& ibi Angel. & Doctor.* quod etiam procedit in patre testante inter liberos, quod eos non possit nutu hæredes instituere, *secundum Bald. Angel. & communiter Moder. in d. l. iubemus.* Quia licet remissa sit solennitas in testamento patris numeri testium. *d. §. ex imperfecto*, non tamen est remissa substantia voluntatis, quæ debet exprimi vel per scripturam, vel per vocem seu loquelam claram & apertam: per text. in l. in fraudem. §. 1. cum ibi notat. in glos. vbi scilicet idem deciditur in testamento militis, licet in eo sit remissa solennitas, &c. ff. de testa. milita. Et per hoc dico ibi Ange. determinari quæstionem, quam dicit se vidisse in facto in Episcopo Perusino, qui quum patrem ægrotantem haberet, in mortis articulo constitutum, linguam totaliter impeditam habentem, porrexit manum ad eum, dicens: Pater, si vis quod sim tibi hæres, stringe manum ad me: & pater strinxit, & non propterea hæres eius factus est. Nam si verba requiruntur in testamento militis ad institutionem hæredis, multo magis in testamento patris, qui non habet ita latas habenas. *Subiungens Angel. Quod nota per limita. l. hac consultissima. C. ex imperfecto. §. de testam.* Maxime quando pater lingua est impeditus, & sic mortuo similis, *vt l. iubemus. C. de testam.* & ita fuit iudicatum Perusii. *Sequuntur Moderni. in d. l. iubemus, & Paul. de Castr. in l. & in Epist. C. de fideicommiss. Paul. de Castr. in d. l. hæredes palam, in princip.* Et †
5 dicitur testator *secundum Angel. & DD. in d. l. iubemus.* non articulate loqui, quando eius verba per testes clare siue aperte intelligi non possunt. Quia quando sententia sermonis loquentis, non est intelligibilis, dicitur mortuo similis, ideo testari non potest. *d. l. iubemus, secundum DD. vbi supra, & notant Alex. de Imol. in consil. 33. incip. Ponderatis vlt. verbis testamenti conditi. per Anton. in 3. colum. versic. Vel secundum Angel. Imol. & Alex. in d. l. in aduersa. ff. de testam. milit. in 3. volum.* Et dicit idem Ang. in d. l. iubemus, quod ille intelligitur non posse articulate loqui, qui non potest loqui taliter, quod exaudiatur. Per quæ iam patet, quod d. l. quoniam indignum, & similia iura disponentia, quod etiam constitutus in articulo mortis, & habens linguam incrassatam & balbutientem testari posset, non obstent in proposito, quia, vt ostensum est ex d. l. iubemus, & iam adductis, illa & similia iura intelligi debent, quando talis semimortuus, & habens linguam balbutientem, possit intelligi, ita quod audientes intelligant illud, quod dicit, alias secus. Nec prædictis obstat. si ex aduerso obiiceretur, quod nomen vxoris defuncti esset coram infirmo à missis consulatus insignis vrbis L. nuncupatum & expressum, scilicet per illa verba, Daß er seinem Weib
6 den dritten theil seines Guts vermache. Et † quod idē sit, si Notarius, vel alius in præsentia testatoris exprimat, vel legat nomen hæredis, & testator expresse confirmet & approbet, ac si testator ipse exprimeret nomen hæredis, *secundum gloss. in d. l. iubemus, in verb. Quemadmodum, ibi communiter approbatam.* Nam vt supra ostensum est hæredis institutio non potest fieri nutu. Ideo isto casu necesse est, quod testator nuncupato nomine hęredis, verbis approbet hoc, non nutu, vel aliis signis, præter verba vel scripturam. Imo ista communis opinio gl. & DD. in d. l. iubemus, procedit, quando testator possit articulate loqui, si vellet loqui, ꝙ tunc sufficiat, si coram eo exprimantur nomina hæredum, alias secus, *secundum DD. in d. l. iubemus.* Sed infirmus hic cōstitutus in extremis, non poterat articulate loqui. Ergo, &c. Præterea si loqui potuisset, & expresse confirmasset & approbasset, quod vxor eius esset sibi hæres in tertia parte hæreditatis suæ, nuncupato nomine eius à missis consulatus, † tamē adhuc non intelligeretur eam instituisse heredem, nec sufficeisset ista expressio nominis eiusdē. Quia d. opinio glo. & DD non habent locū, etiam dato, quod testator articulate loqui posset, quādo scilicet testamentum est scriptum sine voluntate & scientia testatoris, sed solū quando de voluntate eius scriptum est, & postea in præsentia testatoris nomina hæredum exprimuntur. Nam quando quis scribit testamentum, sine scientia & voluntate testatoris, & postea Notarius testibus vocatis in præsentia testatoris legit istud testamentum, & interrogat testatorem; An hæc sit voluntas sua, & ipse respōdet, quod sic. quod tamen tale testamentum nihil valeat, potissimum quando testator erat multum grauatus infirmitate. ita tenet Ioan. And. post Albe. Papi. *in addit. Specul. in tit. de testam. §. 1. in additione, quæ incipit: Quidam ibi.* Sed inuenio Albe. Papi. & post eum Ludo. Roma. in consil. 306. *incip. Proposita consultatio hoc solum quærit.* in vltimis verbis, vbi loquuntur in multis fortioribus terminis. Quod etiamsi testator articulate loqui posset, & forsan aliquis de eius voluntate informatus, vel forsan meditās, quid prudenter ibi agendum esset, fecerit scribi, secundum quod ipse voluit, quo scripto Notarius legit institutionem hęredis testatori, qui respondet quod sic, quod tamen talis institutio esset inualida, & loquitur Io. Andr. de intimis testatoris, & idem dicit Cu. de legat. post Albe. quia per hoc facile daretur materia fabricandi falsum. Ad singula enim infirmus & quasi mortuus respōderet, quod sic, *vt in l. iubemus.* Item iste modus testandi non est inuentus à iure, & sic superstitio improba sit ipsum inuenire. *cap. 2. versicul. vnde ibi scilicet, & quod non est de transla. prælat.* Leges enim volunt, quod testatoris voluntas declaretur scripto vel voce. Præterea secundum Ioan. And. Captatoria videtur talis testatio ex alterius voluntate dependens *l. captatorias ff. de hæred. insti.* Et prædictam limitationem nota sequitur Paul. de Cast. in l. hac consultissima. §. at cum humana, *post princ. vers. & aduerte.* C. qui testamentum facere possunt, vbi formaliter ait. Et aduerte quod oportet constare, quod illam scripturam fecerit de voluntate testatoris, alias si testator esset in graui infirmitate cōstitutus, & coram eo legeretur vna scriptura, non confecta de mandato eius ad instantiam alterius: Vt ego habui de facto, quia quidam in sanitate constitutus fecerat testamentum, & instituerat quēdam extraneum. Postea cùm esset prope mortem, eius consanguinei habuerunt quendam Notarium, & fecerunt ipsum scribere vt voluerunt. Deinde duxerunt eum ad testatorē, & fecerant eam legi coram testibus, & interrogari eum, an ita vellet, & ille tædio affectus, respondit quod sic. Vnde dicebatur, quod primum testamentum erat reuocatum per istum tex. etiam per gl. quę est infra tit. 1. l. iubemus, quę incipit: Nota secundum Regulam. Nam ego consului contrariū, postquam erat ita grauatus infirmitate, & nō approbat, quod de sua voluntate illa scriptura esset facta, & repet. Io. And. in addit. ope. tit. de testa. §. 1. qui dicit hanc quæstionem fuisse in vxore pet. & tenet istam partem, alias daretur materia fabricandi falsum. Hæc ille. Idē tenet Pau. de Ca. in cōs. 368. *incip. Viso puncto & allegationibus supra scriptis, in 2. colum. versicul. Præterea diligenter aduertendum. vsq. ad finem consil. in antiqua impress.* & multum eleganter Soc. in consi. 229. *incip. Primo aspectu concludendum videbitur, in 5. col. versicul. præterea subdit*, in 2. parte, vbi declarat, quod Ioan. Andr. post Albe. Papin. non contradicat glo. in d. l. iubemus, sed quod termini Albe. sunt diuersi à termi-

à terminis glo. in d. l. iubemus, & quod Albericus, quem sequitur Ioan. Andr. loquitur in illis terminis, quando scilicet consanguinei faciunt scribi testamentum, & infirmum interrogant, qui respondet quod sic, & dicit, quod
8 de facili datur materia fabricandi falsum, † cum infirmus, & quasi mortuus responderet, quod sic, quod tunc non valeat testamentum. Et dicit ibi Soc. quod casus, in quo ipse cõsulebat, punctualiter fuit casus, in quo loquitur Alber. Papin. cum dictus magister esset valde grauatus, quasi in puncto mortis, cum inde ad paucas horas, mortuus fuerit, & ut per testes probatur, suggestione consanguineorum fuerit interrogatus, ad quam simpliciter respondenit, quod sic. Subiungens, & pro certo in his terminis valde naturalis est dicta opinio, cum magis mortis cogitatione turbati, & volentes se ab infestationibus liberare magis, quam quod ex voluntate respondeant sic, ut vere & eleganter dicit Albet. Papin. prout experientia, quæ est rerum magistra, docet. Et inter cætera adducit etiam quæ vult Bald. in d. l. iubemus, (*mihi, in 2. colum.*) *versic. quæritur, si Notarius, vel alius interrogat testatorem*, dicens: Domine, facitis vos Bald. hæredem? Et testator respondet: Facio, an talis institutio valeat. Et
9 concludit ibi in effectu Bal. † quod tunc demum valeat huiusmodi institutio hæredis, quando talis interrogatio fit à tabellione adhibito per testatorem, ad scribendum suam voluntatem, alias secus, & per hoc Soc. etiam ponderat, quod mortis cogitatione turbatus, præsumitur non fuisse sanæ mentis. *l. hac consultissima. §. ex cum humana fragilitas. C. qui test. fac. poss.* & mortuo similis dicitur, *ut in l. iubemus*, & quasi pro mortuo haberi debet, qui est ita propinquus morti. *l. penult. ff. de testa. milit. Et idem vult post Ioann. Andr. in addit. & Anton. de Butrig. in c. cum tibi, de testa. Valde eleganter Ioann. de Imol. super omnes Moder. eximius, in d. l. hæredes palam, in fi. princ. versic. vltimo adde dictu Bartol.* Refert & sequitur D. Ias. in d. l. iubemus, *in vltim. colum. in fi. versic. secundo limita & nota.* Addens quod ista opinio sibi multum placeat, & quod sit valde æqua, & occurrat fraudibus, quæ multoties committuntur, & dicit, quod idem expresse teneat Pet. & Cyn. scilicet in vers. vltimo quæstione, ubi in hac quæstione distinguit Pet. Et sic patet quod illa est communis opinio, æquitati & rationi consona. Ideo ab ea nequaquam consulendo & iudicando recedendum, licet Alexan. de Imo. in d. consi. 13. *in 4. colla. versicul. denique.* teneat contrarium, & in d. l. iubemus. Et præcipue mouetur illa ratione, quia Albe. Papien. vult, quod si intimi testatoris informati de voluntate testatoris fecerunt scribi testamentum, & Notarius illud legat, & interroget, an testator ita disponat, & respondeat, quod sic, quod non valeat. Nam dicit Alexand. quod illa decisio careat omni ratione, & æquitate, quia hic adest voluntas testatoris, & etiam expressa verbis per relationem ad interrogationem. Et sic perinde est, ac si omnia expressisset, *per iura allegata in gloss. pro eius opinione, in d. l. iubemus.* Et per consequens videtur seruata forma tradita in d. l. hæredes palam. &c. Sed illa ratio Alex. minime obstat opinioni Albe. & Ioan. Andr. intelligendo & declarando eam, prout voluit Paul. de Castr. Ioan. de Imol. D. Ias. & Socy. quod scilicet per eam limitetur glo. in d. l. iubemus, quæ vult, quod si Notarius, vel alius in præsentia testatoris exprimat, vel legat nomina hæredum, & testator expresse confirmet, & approbet, quod scilicet perinde sit, ac si testator ipse expressisset, quod tunc procedat, scilicet si constat de scientia, & voluntate testatoris mandantis, siue committentis taliter scribi testamentum per Notarium, vel unum intimum amicum. Et sic procedunt iura allegata in glo. isto enim casu, non dicitur testator facere testamentum per alium, & in illis terminis propriè loquitur text. in §. Pamphilo. §. propositum; Ubi ideo valet fideicommissum, quia testator fuit interrogatus, an sic iussisset. *ff. de lega.* 3. Et sic procedit dicta opinio glossæ in casu omnino certo, & indubitato, ut met sentit Io. And. in d. add. ad Spec. in princ. Sed Alber. Papi. ut constat ex verbis eius, non loquitur in illis terminis, sed in alijs & diuersis, nec dictum eius fideliter refertur ab Alex. in consi. 13. Non est enim dicit simpliciter, si intimus amicus testatoris, & c. sed illis verbis vtitur, ut supra ostensum est, scilicet, & forsan aliquis de eius voluntate informatus, & subiicit, vel forsan meditans, quid illi prudenter agendum esset, fecerit scribi, secundum quod ipse voluit. Ecce quod Albet. & Ioann. Andr. expresse loquuntur in alijs terminis, scilicet quando intimus amicus scripserit, quod ipse voluit, non quod mandauit testator. Sed forsan informatus, vel forsan meditans (& sic utroque modo loquuntur dubitatiue) quid illi prudenter agendum esset, fecerit scribi, quod ipse voluit, quod quidem verbum & relatiuum, quod ipse voluit, non potest referri ad testatorem, sed ad amicum, ut necessario innuunt præcedentia verba, qui scilicet forsan fuit meditans, quid illi, pro quo scribit, prudenter agendum esset, & sic fecerit scribi, quod ipse voluit. Ergo testator non dicitur hoc certe, & in dubio voluisse. Et sic secundum Albet. Papien. communiter approbata, stat inuicta limitatio ad d. glo. per iura, & rationes supra allegatas, quod scilicet non procedat, quando quis sine scientia, voluntate & mandato testatoris fecerit scribi testamentum, & postea infirmus, & morti proximus interrogatus à Notario, vel aliquo legit scriptum in præsentia eius & testium, an placeat sibi, & respondeat quod sic, quod non valeat illa institutio, vel dispositio. Nam, ut inquit Cy. in d. l. iubemus, quod si ita oppressus morte interrogaretur, an interfecisset hominẽ, ipse responderet sic. Ex quibus omnibus tam euidenter infertur, quod etiam in prædicto casu, si scilicet Marcus S. potuisset articulate loqui (prout tamen dicitur non potuisse) testamentũ suum non valeret. Quia ipsum non fuit scriptum nec de scientia, nec de voluntate sua. Et tempore quo missi à Consulatu ad eum venerunt, ipse fuit grauissime infirmus, & proximus morti, quia eo die decessit. Dato etiam quod dicta schedula, quam habebant in manu, fuisset eis etiam lecta, & interrogatus fuisset, an hæc esset sua voluntas, &c. respondisset, quod sic. Quanto magis procedit hoc etiam prædicto casu, cum illa schedula nõ fuerit ei per totũ lecta, & illud fundamentum multum stringit, stante casu pro certo. Quæ omnia cõfirmantur ex eo, quia etiã dato, & nõ concesso, quod prædicta schedula fuisset de voluntate scripta, & postea ei lecta, & ipse teprobasset eam in tãta infirmitate, & mortis articulo constitutus, quod nihilominus posset tale testamentum per viam exceptionis doli mali, vel actionis de dolo, propter dictas suggestiones, impugnare, quæ dolosa suggestio & persuasio ex eo cõuincitur, quod ipse testator etiam præcedenti die fuerit in alia opinione. *Ita probatur per l. 1. in fin. ff. de dol. mal. except. & in l. non enim, cum gloss. ff. de inoff. test.* Et decidit ibi Angel. pulchre, quod si aliquis per falsas instigationes suggerat testari in perniciem alterius ad hoc, ut testator priuet illum hæreditate, quem hæredem instituerat, & alijs bona relinquat, vel ipsi suggerenti, quod istud est illicitum, & prohibitum, & prouidetur ei per exceptionem doli, vel per actionem in factum seu de dolo. Et per hoc dixit Ang. se semel obtinuisse quandam magnam hæreditatem, cum quidam testator instituisset hæredem quendam Conuentum religiosorum, & qui-

& quidam agnati testatoris persuaserunt eidem, quod non erat bene factum relinquere bona sua talibus religiosis, quia talem hæreditatem conuerterent ad malos vsus, & frustraretur eius pium propositum, & tãtum dixerunt, & instigarunt, quod testamentum immutauit, & agnatos hæredes reliquit, & fuit iudicatum in ciuitate Perusii, quod auocanda erat talis hæreditas ab agnatis prędictis, & fuit concessa dictis fratribus religiosis. Et ita etiam formaliter tenet idem Ange. in l. fin. C. Si quis aliquem test. prohi. vbi refert ita iudicatũ fuisse Perusii per D. Vicarium Episcopi Perus. Idem tenet Bar. Cepoll. in caute. 62. quæ incip: Licet enim verbis blandis, vbi per hæc dicit: Sume bonam cautelam, quod si aliquis instituit te hæredem, & aliqui per suggestionem, vel sollicitudinem, vel importunitatem induxerũt testatorem ad adimendam institutionem, de te factam, quod per actionem doli, vel in factum subsidiariam poteris petere ea, quæ tibi in testamento relicta sunt, non obstante dicta reuocatione per suggestiones, vel importunitatem facta, & dicit, quod est casus quotidianus, & menti tenendus, & quod ita vidit semel de facto iudicari. *Refert & seq. D. Ias. in Cons. 141. in 2. col. vers. & per hoc dixit Ange. cum sequen. in 4. vol.* Quare in nostro casu propter varias & importunas suggestiones, & persuasiones amicorum vxoris infirmi, potissimũ eum iam esset maxima infirmitate oppressus, & vicinus morti, factas in damnum filiæ eius, ne succederet patri ab intestato (de qua quidem suggestione hic patet, cum missi dixerunt, se ad ipsum infirmum ab amicis vocatos) tale testamentum per exceptionem doli, vel Actionis de dolo, siue in factum impugnari posset. Et per illa & superiora etiã patet, nihil facere ad propositum d. §. Ex imperfecto. d. Auth. Quod sine. & d. Authen. Si modo, prę[illegible]um constet dictæ schedulæ signetum infirmi scientis, & mandantis, non fuisse affixum, nec infirmus in præsentia trium, duorum, &c. Cõsulatus, nec testamentum, nec Codicillos, nec aliquam aliam vltimam voluntatem fecerit. Quare iste casus non est comprehensus in l. Casu. §. Omnium. C. de testa. Ideo dato, quod illa schedula haberet vim testamenti, quo ad filiam, tamen ex tali imperfecto testamento non posset vxor, & ita extranea partem hæreditatis, nec etiam legatum petere *d. d. §. Ex imperfecto* Nec obstat Auth. Quod sine sequens, in fin. ex quo nullum tempus in schedula, expressum reperitur, *vt patet per text. ibi, & tempus, & ibi Legist.* Ideo etiam talis schedula, vel scriptura, si scienter fuisset ei affixum signetum patris, quo ad legata vxori, & ita extraneæ personæ in ea facta, valeret.

THEMA CONSILII L.

Ad quem spectet cognitio super vsuris. Et quod vsuræ omni Iure sint prohibitæ, & eam ob rem Cæsaream Maiest. & alios status, Principes scilicet, & Magistratus seculares Imperii, non tantum posse, sed maxime etiam teneri sub certa pœna prohibere vsuras, & eas in Imperio nõ admittere.

SVMMARIA.

1 *Cognitio, vtrum quis sit vsurarius, pertinet ad Iudicem Ecclesiasticum.*

2 *In quæstione facti vbi dubitatur, vtrum contractus sit pignoratitius. &c. cognitio est mixta, de qua potest Iudex Ecclesiasticus & secularis cognoscere, & habet locum præuentio.*

3 *Vsurarius punitus per Iudicem Ecclesiasticum, potest etiam puniri per Iudicem secularem, in eo quod excedit.*

4 *Vsura vtroq; Testamento prohibita.*

5 *Vsura prohibita de iure Canonico.*

6 *Vsurarius est raptor, & improbior fure.*

7 *Tres pœna per 1. Quia in omnibus, contra vsurarios manifestos statuta.*

8 *Testamenta vsurariorum non valent.*

9 *Hæretici sunt, asserentes vsuram non esse peccatum.*

10 *Vsuræ etiam hodie de iure ciuili sunt prohibitæ.*

11 *Causa prima potior est omni causa secunda.*

12 *Inferior non potest tollere legem superioris.*

13 *Super vsura non potest dispensari.*

14 *Iudæis & Sarracenis prohibitum est accipere vsuras à Christianis.*

15 *In casibus illicitis, etiam recipere pecuniam pro vsuris, est peccatum.*

16 *Recipientes pecuniam sub vsuris minoribus, vt ipsi aliis mutuent sub maioribus, qualiter peccent.*

CONSILIVM L.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quamuis quæstio mihi oblata breuis sit, tamen negotium est satis arduum, requirens bonam & longam resolutionem, quam temporis breuitas non admittit: Tamen prout nunc licet, breuibus respondendum arbitror. Et primo, ne de incerto tractemus, in primis præmittendum est, vtrum Cæsarea Maiestas, vt potestas secularis debeat, vel possit suam authoritatem in causis vsurarum interponere, & de illis cognoscere. Quamuis iste articulus de iure sit disputabilis, & in eo reperiantur tres principales opiniones, *vt late per Canon. in cap. Cum sit generale, de foro competen* tamen vera, & communis opinio est, à qua consulendo & pronunciando
non est recedendum. Quod † cum vsura sit crimen 1
Ecclesiasticum, quod quando occurrit quęstio iuris, scilicet an talis contractus sit vsurarius, vel non, quod cognitio eius pertineat solum ad Iudicem Ecclesiasticum, & quod potestas secularis nullo modo possit se de eius cognitione intromittere, cum sit cognitio de substantia, siue essentia ipsius contractus: nam cum illud sit mere spirituale, cognitio eius pertinet ad Episcopũ. Sed quando est quæstio facti, vt quia certum est contractum esse vsurarium, sed solum est quæstio facti, quia agitur de repetendis, vel non repetendis vsuris solutis. Item an interuenerit contractus, vel non, vt quia Titius dicit, se Seio mutuasse mille sub vsuris. Seius negat, & sic solum quæritur, an contractus interuenerit, nec ne. Item vnus dicit, quod venditio fuerit facta simulate, & quod in veritate fuerit contractus pignoratitius, alius negat. &c. &
sic † de similibus, quæ facti sunt, quod tunc cognitio sit 2
mixta, ita videlicet, quod tunc vterq; Iudex possit de tali quæstione facta cognoscere, & per cõsequens, quod punitio vsurarum constituta scilicet de vsura, & coherctio ab vsuris etiam spectet ad vtrunque, ita quod isto casu sit locus præuentioni. Et ratio est, quia res subiecta, id est, vsura soluta, vel non soluta, & ita contractus, & tota materia, est temporalis. *Ita decidit Paul. de Castr. in Clem. 1. & ibi Card. in 18. quæst. & Ioan. de Imo. de vsur. Domi. in cap. 1. de vsur. Anthon. de Butr. Card. & Panorm. & Feli. in dict. cap. Cum sit generale. Frider. de Sen. in Cons. 98. incip. Apparet quidam lex, &c. & ibi inquit, hanc fuisse principaliter opinionem Ioann. Andr. in capit. Tuam. de ordi. cognitio. Eandem opinionem tenet egregie Bartol. magister legum in leg. Titia, in 2. colum. in versic. Et eodem modo, si est quæstio super contractu. ff. Solut. matrimonio. Bartol. in leg. 2. ad finem. 2. colum. versicul. Eodem modo si dubitatur de vsurario, &c. ff. de iurisdictio. omnium iud. Bald. in leg. Filium. ff. de his qui sunt sui vel alien. iuris. Quæstio enim facti nihil iuris habet, Alexander de Imola, cum multis concordantiis. in dicta leg. Titia.*

l 4 Ex[illegible]

Et probatur per text.in cap. Post misericordiam. de vsur.præsupponendo pro constanti, & certo, quod contractus erat vsurarius. Ideo principes, & potestates seculares possunt compellere Iudæos ad remittẽdas vsuras. Sicuti ibi ergo possunt cogi Iudæi per Principes seculares, ita & Christiani. *Et hanc communem opinionem tenet Bartol. in l. Omnis nouatione. Cod. de sacrosf. Eccles. & in l. Quoties. Cod. de iudi. & pro ea est bonus text.in cap. Ad nostram, la 2. de iureiur.* Ex quibus iam sequitur, vbi de quæstione Ecclesiastica versatur sola quæstio facti, quod Iudex secularis non sit incompetens Iudex, sicut in aliis quæstionibus facti, potest exemplificari, sc. si dubitatur; An Berta contraxerit matrimonium cum Titio, Iudex secularis est competens Iudex. Secus si sit quæstio iuris, scilicet, an potuerit contrahere cum Titio, nec ne,
3 & sic de similibus. Imo cognitio vsurarum isto casu pro tanto etiam pertinet ad Iudicem secularem, † quod etiam vsurarius punitus per Iudicem Ecclesiasticum de hoc crimine, possit etiam puniri per secularem in eo, quod excedit. *Ita probare dicit Ioan. de Monach. in c. 1. in prin. de vsur. in 6. & ibi in fi. prin sequitur Domi. & Fran. per c. fi. de pœ. in 6.* Pertinet enim ad Iudicem secularem punire crimina. *c. Rex debet. 23. quæstio. 5. Tua, de procurato.* licet iste Articulus pendeat ab illo dubio, an scilicet punitus in vno foro possit per alium Iudicem, in alio foro puniri, *de quo per dd. in c. de offi. ordinarii,* tamen hoc non habet dubium, si Iudex secularis præuenerit Iudicem Ecclesiasticũ, quod possit etiam vsurarium de illo maximo delicto punire, sicut potest adulteros, sacrilegos, & alios facinorosos punire. Ex quibus plus infertur, quod potestas secularis potest etiam sub certa pœna prohibere contractus vsurarios; quod etiam aperte colligitur in d. Cons Fide. In quantum decidit, in casu quo secularis cognoscere non potest, nec etiam statuere potest, ex hoc inferens contra statutum Perusinum volentis habere contractum certum pro vsurario. Ergo in casu in quo Iudex cognoscere potest, etiam statuere potest, & est sine dubio. Quibus præmissis, ac cum clarissimi iuris sit, vsuras omni iure esse ꝓhibitas: Sequitur responsio clara ad quæstiones propositas; Nimirum Cæsaream Maiest. & status Imperii, & reliquas potestates seculares optimo iure posse, sub certa pœna statuere & prohibere, ne subditi Rom. Imperii mutuent sub vsuris. Et quod contrarium asserentes, nimirum, valere permissiones Magistratus in recipiendis vsuris, vt quinq; pro cẽtum, male, & contra scripturam, & omnia iura perfide loquantur. Et quod non liceat autoritate vllius ordinationis aut obligationis, vel instrumenti vtcunq; confecti, vsuras promissas exigere, vel extorquere. Imo quod exactæ omni iure repeti possint, & restituendæ sint, quæ etiã per sequentia confirmantur.
4 Vsuras † enim principaliter prohibitas & damnatas esse vtroq; Testamento, & sic ex mutuo nihil penitus recipi, vel sperari posse, est indubitatum. Nam in veteri Testamento, Exod. 22. cap. scriptum est: Si pecuniam mutuo dederis populo meo pauperi, qui habitat tecum, nõ vrgebis eũ quasi exactor, nec vsuris opprimes. Subiungens: Si pignus à proximo tuo acceperis vestimentum, ante solis occasum reddes ei. Ipsum enim est solum, quo operitur, indumentum carnis eius, nec habet aliud in quo dormiat: si clamauerit ad me, exaudiam eum, quia misericors sum. Item Deuter. 23. cap. Non fœnerabcris fratri tuo ad vsuram pecuniam, nec fruges, nec quãlibet aliam rem, sed alieno, fratri autem tuo absq; vsura, id quo indiget commodabis, vt benedicat tibi Dominus Deus tuus in omni opere tuo, in terra quam ingredieris possidendam. Et Ezech. 18. cap. Et vir si fuerit iustus, & fecerit iudicium & iustitiam, &c. & ad vsuram non commodauerit, & amplius non acceperit, &c. hic iustus est, vitã viuit, dicit Dominus Deus, & infra ibi: Quod si genuerit filium latronem effundentem sanguinem, & fecerit vnum de istis, & hæc quidem omnia non facientem, sed in montibus comedentem, & vxorem proximi sui polluentem, egenum, & pauperem contristantem, rapientem rapinas, pignus non reddentem, & ad idola leuantem oculos suos, abominationem facientem, ad vsuram dantem, & amplius accipientem, nunquid viuet? non viuet. Ecce valde horribiles tex. contra vsurarios. Ezech. 22. minatur Propheta his, qui abominationem in vxore proximi fecerunt, quiq; & superabundantiam acceperunt, & amare proximos calumniabantur, & qui sui obliti sunt, ait Dominus Deus *Item* regius Propheta David, in Spiritu sancto quærit Psal. 14. Domine, quis habitabit in tabernaculo tuo? Et respõdet inter cætera: qui pecuniam suam non dedit ad vsuram, & munera super innocentem non accipit. Item Leui. 25. cap. Si attenuatus fuerit frater tuus, & infirmus manu, & susceperis eũ quasi aduenam, & peregrinum, & vixerit tecum, ne accipias vsuras ab eo, nec amplius quam dedisti. Subiungens: Time Deum tuum, vt viuere possit frater tuus apud te: pecuniam tuam non dabis ei ad vsuram, & frugum abundantiam non exiges. Item alibi quærit Esaias Propheta, 33. cap. Quis poterit habitare de vobis cum igne deuorante, aut quis habitabit ex vobis cum ardentibus sempiternis? Et respondet: Qui ambulat in iustitiis, & loquitur veritatem, qui proiicit auaritiam, & excutit manus suas ab omni munere, & infra: Iste in excelsis habitabit, munimenta saxorum sublimitates eius. Item, & in nouo Testamento, Lucæ cap. 6. dicit Saluator noster: Diligite inimicos vestros: benefacite his, qui vos oderunt, &c. & mutuum date, nihil inde sperantes. Item Aposto. 1. Timoth. 3. & ad Tit. 1. dicit: Episcopum nõ debere esse turpis lucri sectantem, siue cupidum. Item † Iure 5
Canonico prohibitæ sunt vsuræ, & primo in cap. Quoniam multi, 17. dist. vbi dicit tex. Quod si quis inuentus fuerit post hanc definitionem vsuras accipiens, aut aliquam adinuentionem faciens, vel quolibet modo negotia transigens, id est, vt exponit ibi glo. quodcunq; nouum pactum vel contractum inueniens in fraudem vsurarum, vt si sumat rem in pignore & non computat fructus in sortem, cuiusmodi sunt vsurarii nostri temporis, die Vmbschläger genandt / qui vltra vsuras, vtroque iure diuino & humano damnatas inueniunt pacta & media, ad extorquendũ pecuniam ab his quibus mutuo dederũt, scilicet, vortheilgelt / stillstand / id est, interesse, O Buben vber Buben / & sequitur in litera, aut hemiologia, id est, sescupla exigẽs, vel aliquid tale ꝓrsus excogitans turpis lucri gratia, deiiciatur a Clero, & alienus existat à Regula. Et assignat tex. ibi in prin. istius constitutionis rationes, inquiens: Quoniã multi sub Regula constituti, auaritiam, & turpia lucra sectantur, obliti q; diuinæ scripturæ, dicentis: Qui dedit pecuniam suam ad vsuras, mutuum dantes, centesimas vsuras exigunt, iuste censuit magna, & sancta Synodus. *Item cap. pe. & cap. fin. 46. dist.* Et sunt notab. tex. quibus interpretatur ius diuinum in hoc in cap. 1. Et sunt verba Beati August. super Psalm. 36 vbi dicitur: Si fœneraueris homini, id est, si mutuo dederis pecuniam tuam, à quo plus quam dedisti expectas, non pecuniam solum, sed aliquid plus quam dedisti, siue illud triticum sit, &c. si plus quam dedisti expectas accipere, fœnerator es, &c. *Et cap. 2. Et sunt verba Beati Hieronymi. & cap. 3. & sunt verba Sancti Ambrosii. & capit. 4. fine fin. & sunt fortes text. 14. quæstion. 3. Item 14. quæstion. 4. capit. Si quis oblitus. cap. Quod dicam,* &c. Si quis vsuram, vbi inquit text.

6 text.& sunt verba Beati Ambrosii: Si quis vsuram accipit, rapinam facit, vita non viuit. † Audi vsurarie, quod es raptor, ergo improbior fure, quia raptor est improbissimus fur, *& per tot. 14. quæst. 5. & 6. vbi sunt aperti text. & sunt quatuor dd. Ecclesiæ.* In quibus iuribus probatur, quod vsurarii, si non reddiderint vsuras extortas, cum habuerunt, non saluentur. Nam nemo raptorum moriens, non reddens, quod rapuit, si habet vnde reddat, saluabitur. Sed vsurarii sunt raptores; Ergo vsurarii non saluabuntur, consequentia est bona, & formalis in 1. figura in Cambi. & maior patet per text. in cap. Nemo. 14. q. 5. vbi dicitur: Nemo qui rapit moriens, si habet vnde reddat, saluabitur. Si eos, quorum fuit, inuenire non potuerit, Ecclesiæ vel pauperibus tribuat. Minor probatur per d.c Si quis vsuram. Item in cap. Quia in omnibus, de vsur. vbi dicit text. Quod in omnibus fere locis ita crimen vsurarum inoleuerit, vt multi aliis negotiis prætermissis, quasi licite vsuras exercerent, & qualiter vtriusq; Testamenti pagina condemnentur, nequaquam attendunt. Ideoq; constituimus, quod vsurarii manifesti, nec ad communionem admittãtur Altaris, nec Christianam, si ab hoc peccato decesserint, accipiant sepulturam, sed nec oblationes eorum quisquam accipiat: qui autem acceperit, vel Christianæ tradiderit sepulturæ, &
7 qui acceperit, reddere cõpellatur, &c. Et † sic in illo text. tres pœnæ, contra manifestos vsurarios statutæ sunt. Et primo pœna, quæ scilicet habet, ne ad communionem Altaris admittantur, quam exponit ibi Innocen. id est, ne admittantur ad suscipiendum corpus Christi. Antiquus Abb. in c. Cum tu, aliter exponit, vt scilicet non admittãtur ad Ecclesiam, quando diuina celebrãtur. Nam assistentes in Ecclesia, dicuntur admitti ad communionem Altaris, & dicit ibi Pan. & forte hæc expositio melior, vt vsurarius rubore confusus facilius resipiscat, *vt dicimus in excommunicato, in cap. Pia, de except. lib. 6.* Et subiicit ibi Panor, & multum placet mihi ista expositio, & esset obseruanda. Et dicit Ioan. de Ana. vir opt. conscientiæ, in d.c. Quia in omnibus, in 8. Conf. vers. Nota tres pœnas, quod ita audiuerit obseruari vltra montes, licet secundum eum expositio Inno. post D. Flor. propter verbum Altaris, in textu positum, sit magis conueniens. Et optime facerent pastores, & rectores Ecclesiarum, si obseruarent hanc saluberrimam constitutionem, non scilicet admittẽdo manifestos vsurarios ad communionem, prout eam obseruare tenentur, cum sint in peccato mortali constituti vsurarii non pœnitẽdo, & restituendo ablata, si habeant. Quia qui indigne manducat & bibit, &c. 1. Corinth. 11. Et præcise obtinet hic, quod canit Ecclesia: Sumunt boni, sumunt mali sorte tamen inæquali vitæ vel interitus. Item c. Super eo. vbi est fortissimus text. dicitur enim ibi, Quod cum vsurarum crimen vtriusque Testamenti pagina detestetur, super hoc dispensatio aliqua fieri non possit, quia cum scriptura sacra prohibeat pro alterius vita mentiri, multo magis prohibendus est quis, ne etiã pro redimenda vita captiui vsurarum crimine inuoluatur c. Cum tu, vbi inter cætera in fin. dicitur, quod possessiones, quæ de vsuris cõparatæ sunt, debeant vendi, & ipsarum precia his, à quibus sunt vsuræ extortę, restitui, vt sic nõ solum à pœna, sed etiam à peccato possint, quod per vsurarum extorsionem incurrerant, liberari. Et valde notab. tex. in c. Consuluit. vbi exponuntur verba sacrosancti Euangelii; Mutuum date, nihil inde sperantes. quod si aliquis dederit pecuniam mutuo, non adiecto pacto, nec conuentione interposita, eo tamen animo, vt aliquid à mutuario vltra sortem recipiat, quod vsurarius saltem in foro conscientiæ, seu Iudicio animæ censendus sit, & si quid acceperit, teneatur ad restitutionem, ac si cõuentio interuenisset, & sic omnis spes etiam consequendi aliquod lucrum ex mutuo, est damnata, quia tex. Euangelii dicit: Mutuum date nihil inde sperãtes. Et sic est etiam ibi tex. vltra cap. 1. 2. & 3. 14. qu. 3. quod omnis superabundantia est prohibita. Et sic quantũcunq; modicum sit, & qualecũq; sit, quod datur occasione mutui, superinducitur vsura, & tenetur quis ad restitutionem. c. Quam perniciosum, vbi manifesto vsurario cõuento ad restitutionem vsurarum extortarum denegatur appellatio, *& per totum istum tit. de vsur. in antiq.* Item sunt prohibitæ vsuræ eod. tit. in sexto, & Clem. Nam c. 2. vltra pœnas in Concilio Lateranensi contra manifestos vsurarios constitutas aliquas addit, & inter † cætera or- 8
dinat, quod etiam non valeant eorum Testamenta, nisi seruata forma, de qua ibi in tex. & c. 1. in prin. dicit vsurarium voraginẽ, deuorare animas, & exhaurire facultates. Et prorumpit in hæc verba: Vsurarum voraginem, quæ animas deuorat, & facultates exhaurit, compescere cupientes, constitutionem Lateranensis Concilii, contra vsurarios editam, sub diuinæ maledictionis interminatione præcipimus inuiolabiliter obseruari. Et ponitur ibi vorago, secun. Ioan. And. pro corruptione & destructione. Vnde Luca inquit: Hinc vsura vorago, auidumq; in tempore fœnus. Semper enim vsura deuorat, & nunquam quiescit, nec aliquam festiuitatem celebrat, iuxta illud vetus Adagium: Tria sunt, quæ nulla festa celebrãt, vsura scilicet, scabies, & inordinatus amor. Et vrgens est tex. contra vsurarios in Clem. 1. in prin. vbi omnibus potestatibus temporalibus, cuiuscunq; dignitatis fuerint, inhibetur, sub pœna excommunicationis, ne faciant statuta aut ordinationes, quibus vsurarii possint petere, vt eis soluantur vsuræ, & quibus mutuari cogantur ad soluendas, & in secunda parte dicitur: Quod quia fœneratores, vt plurimum etiam ineant contractus vsurarios, occulte & dolose, quod vix conuinci possint de vsuraria prauitate. Ideo cum agitur de vsuris, compellendi sunt censura Ecclesiastica ad exhibendum Codicem suarum rationum. Et in fin dicitur: † Quod illi sicut hæretici. & 9
tanquam tales puniendi, qui in hunc errorem inciderĩt, quod asserunt vsuram non esse peccatum. Sicuti faciunt vsurarii nostri temporis, palã asseuerãtes, quantũcunq; accipiant ex mutuo, nõ esse peccatũ. Nec credo, q̃ possit maius peccatum excogitari, quã dicere prohibitũ à Deo, ideo quia malũ, non esse peccatum, ideo impossibile est eos posse saluari, cum sint in peccato obstinationis, nisi tandem resipiscant, & pœnitentiã agant. Et forsan posset verificari illud Saluatoris de tali vsurario inquientis: Si quis autem peccauerit in Spiritum sanctum, quod non remittatur ei, nec hic, nec in futuro seculo, & non opus est opponere ly. forte. Quia si vsurarius decesserit in illa obstinatione, affirmando se vsuram nõ esse peccatũ, decedit vtiq; in peccato mortali, non petendo sibi cõcedi remissionem peccatorũ per meritũ Christi, super huiusmodi peccato vsurarũ, quia non agnoscit peccatum, nec ideo pœnitet: Ideo Deus non respicit eum, sicut scriptũ est, Esaiæ vltimo: Ad quem autem respiciam, nisi ad contritum corde, & humiliatũ spiritu, & trementem sermones meos: Illi autẽ vsurarii sunt raptores & fures, & non tremunt sermonẽ Dei, dicẽtis: Non furaberis. Ergo, &c.

Item † licet vsuræ iure ciuilium fuerint simpliciter, & de iure C. vsque ad certum modum permissæ, vt 10
patet per totum titulum, ff. & C. de vsur. & præsertim in leg. Eos. vbi taxatur modus vsurarum; Tamen communis opinio est, quod etiam hodie vsuræ simpliciter, sine omni taxatione sint de iure ciuili prohibitæ, tã laici,

quia

quam Clericis. Non obstante, quod Ioan. And. in Regula peccatum, de regul. iur. in Mercurialibus, dicit contrarium. *Ita tenet gloss. in dict. cap. Quid dicam. 14. quaest. 4. & in d. cap. Quia in omnibus, & in Authent. de Eccles. tit. colum. 9. in princ.* Et mouentur principaliter, quia Imperator mandat quatuor Concilia obseruari, vt in praealleg. Authen. Interque Concilium Nicenum est vnum, quod prohibet vsuras. *dict. cap. Quia in omnibus, & c. Quoniam. 47. dist.* Et sic secundum hanc opinionem est verissimum, quod per d. text. nouissimum Authenticorum, omnes aliae leges, & iura permittentia vsuras, sint correcta. Nam licet fuerit intentio Imperatoris, vt dicunt dd. tenentes contrariam opinionem, permittere vsuras saltem ad certum modum, vsque ad tempora d. Auth. tamen Imperator haec correxit, praecipiendo scilicet quatuor Concilia, vt sacras literas & leges obseruari. Et est valde misera responsio, respondendo ad d. c. Quoniam, quod ibi Nicena Synodus solum interdixerit vsuras Clericis & Ecclesiasticis personis, & quod arguendo ibi à speciali text. probat contrarium. Quid enim absurdius excogitari posset, quam dicere, quod ista sanctissima Synodus, quę non habuit similem post tempora Apostolorum, & eorum discipulorum, voluerit solum Ecclesiasticis personis interdicere vsuras. Sed quod ibi in decisione de eis tantum fuerit facta mentio, fuit factum ratione propositae quaestionis, & non quod constitutio solum ad eos extendatur, vt patet ex princ. d. c. Quoniam, vbi ponitur generalis ratio istius constitutionis, quia, vt ex principio patet, ibi ratio istius constitutionis est, quod multi exercent vsuram contra diuinam scripturam, & fuit proposita quaestio, quod multi etiam sub Regula constituti talia attentent. Ideo Synodus statuit eos à Clero deiici, quae poena non potest habere locum, vt patet, in laicis. Et sic causa prohibitionis est generalis. Igitur etiam ipsa constitutio, dato, quod esset specialis, generaliter est intelligenda, *per opt. text. & ibi Bartol. in l. Regula. §. Si quis. ff. de iur. & fact. ignor.* Sed hic non est latius insistendum, quia posito, quod fuerit de mente Imperatoris permittere vsuras, saltem ad certum modum, tamen quia de iure diuino, veteris & noui Testamenti, & de iure Canonico sunt simpliciter, & absolute prohibitae, ideo tales leges ipso iure sunt nullae, ius enim diuinum vincit in vtroq;
11 foro. † Causa enim prima potior est omni causa secunda, & maxime quando causa prima est infinitae potentiae, sicuti est ipse Deus gloriosus, *secundum Bald. in Rub. Cod. de vsur. Refert & sequit. Ioan. de Ana. super Rub. de vsur. in 4. colum.*
12 *versic. Sed aduerte.* Item † inferior non potest tollere legem superioris. *cap. Cum inferior, de maio. & obedien. l. Nam & magistratus, in princip. cum simil. ff. de arb.* Et ideo ex quo vsurae sunt de iure diuino prohibitę, tanquam ex sua natura malae; Ideo etiam super eisdem non potest ex quacunque causa, etiam pro redimenda vita, dispensare. *dict. cap. Super eo,* nec aliqua ordinatio super eis soluendis, vel repetendis valet. Et sic patet per d. cap. Super eo, & per c. Quia frustra, eo. tit. de vsu. quod etiam Papa contra tale ius diuinum, ex quacunq; causa, dispensare non possit, licet secus possit esse in prohibitiuis, quae de sui natura non sint mala, &c. *vt per dd. in dict. cap. Super eo, & in aliis locis.* Hinc infertur Alex. de Imo. salua pace sua, pessime consuluisse in Cons. suo incipien. Circa primum dubium primo arguitur, pro parte negatiua, & est primum Cons. in 2. volum. Quod scilicet Papa possit dispensare super vsuris exercendis per Iudaeos, & permittere licitum esse principibus Christianis, quod teneant Iudaeos in suis ciuitatibus, qui mutuent ad vsuras, & ab eis propter hoc recipiant tributum. Cum, vt adductum est, pagina vtriusque Testamenti prohibeat vsuras. Et sic Prophetae &
Apostoli. Ideo † sequitur Papam nullo modo dispensare posse, etiam cum Iudaeis, quod exerceant vsuras. *c. Sunt quidam. 25. quaest. 1.* & dict. Clem. 1. damnat omnia statuta, & omnes consuetudines, quibus aliquis fauor praestatur exactioni vsurarum, per quem text. in d. Clem. 1. cum glo. decidunt ibi expresse D. Cardinal. in 15. qu. & Ioann. de Imol. post Lauten. quod Rex Atragonum non iuste acceperit tributum à Iudaeis, & à Sarracenis, pro eo, quod eis permittat in suis terris vsuras exercere, & quod nedum peccet, sed quod iure etiam sit excommunicatus, *per text. in iuncta gloss. in verbo, Censura,* † sicut etiam 14
Iudaeis & Sarracenis prohibitum est vsuras accipere à Christianis, *in dict. cap. Post miserabilem.* Et quod Iudaei peccent exercendo vsuras, etiam de iure diuino, patet. Deuter. 28. cap. dum dicit ibi: Alienigena foenerabitur tibi, tu autem nulli, &c. Et in omnibus casibus, in quibus vsurae reperiuntur à iure permissae, *vt in cap. 1. & in cap. Conquestus, & similibus,* non sunt propriae vsurae, vt patet diligenter discurrendo singulos casus, quos hic referre superfluum esset. Et per praedicta de facili paret responsio ad omnes rationes, ab Alexand. de Imol. in contrarium adductas. Nec est etiam verum, quod recipientes pecuniam sub vsuris simpliciter, & indistincte non peccent. Nam † si quis receperit pecuniam sub vsuris pro 15
opere illicito, vt scholaris, vt det pecuniam amasiae suae, vel ad ludendum, vel aliquis alius pro voluptate, & preciosis vestibus, & non pro necessitate, tunc etiam peccat soluens, & recipiens, *secundum dd. in dict. cap. Super eo, & plerisque aliis locis.* Sicuti † aliqui foeneratores, vt fertur nostri 16
temporis recipiunt pecuniam mutuo, sub minoribus, vt aliis mutuent, sub maioribus vsuris. Et sic isti nebulones contra ius diuinum accumulant peccatum peccato. Primo in eo, quod recipiunt pecuniam sub foenore, nulla necessitate coacti, sed sola auaritia inducti. Secundo, quod aliis mutuant, sub vsuris maioribus. Sed quid hic disputandum de Iudaeis, cum sine omni dubio sit, quod Christianis non potest indulgeri, seu concedi, vt exerceant vsuras, & credant, quod sit lucrum eis mutuare ad vsuras, *est text. in dict. Clem. 1. in fine,* & ideo cum dicit Bald in l. 1. Cod. de sum. trin. & fide catho. quod Imperator non possit propter bonum publicum permittere, quod vsurae exerceantur, cum inferior non possit permittere id, quod superior prohibuit. Ex quibus omnibus iam euidenter concluditur, Imperatorem optimo iure posse per nouam ordinationē siue constitutionem, sub certa poena prohibere, ne subditi Imperii mutuent ad vsuras, & contra facientes poenis in ordinatione expressis facere puniri, potissimum hoc tempore periculoso, vbi in tantum inoleuit vsuraria prauitas, quod multi etiam conentur sub praetextu consuetudinis, & communis obseruantiae excusare, non in modicum detrimentum & dispendium salutis animarum ipsorum, non attendentes, quod tanto sint peccata grauiora, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam. *c. fin. de consue.* Et quod mala consuetudo non minus quam perniciosa corruptela abiicienda & vitanda sit, quae nisi citius radicitus euellatur, in priuilegiorum ius ab impiis assumitur. *c. Mala autem consuetudo.* Consuetudo enim manifestae veritati cedere debet, &c. *d. cap. veritate.* Et ideo istis vsurariis opponentibus, proh dolor, huiusmodi consuetudinem, quę non est consuetudo, sed pessima corruptela, & bestia deuorans animas & facultates, dicendum est, quod Dominus ait: Ego sum via, veritas & vita. Non dicit: Ego sum consuetudo, sed veritas. Et gloriosus Martyr Cypria. ait; Quod qualibet consuetudo quantumuis vetusta,

ſta, quantumque vulgata, veritati omnino ſit poſtponéda. Et vſus, qui veritati eſt contrarius, ſit abolendus. *c. Si conſuetudinem. 8. diſt.* 1. Per quæ etiam opt. infertur Imperatorem fore & eſſe obſtrictum in defectum Epiſcoporum, præcauere de modo & forma ad compeſcendos vſurarios noſtri temporis, &c.

THEMA CONSILII LI.

De Actione tutelæ generali, quando intentata intelligatur. Et qualiter tutor datus, & non habens legitimas excuſationes, non gerendo, Actione tutelæ generali poſſit conueniri de omiſſis & neglectis, & contra illum iurari in litẽ.

SVMMARIA.

1 *Iudicium tutelæ generale, quando dicatur intentatum.*
2 *In iudicio generali tutelæ, non eſt neceſſe declarare res, & ſpecificatas probare.*
3 *In actionibus vniuerſalibus & generalibus, procedit petitio incerta, & in executione fit certificatio.*
4 *Concluſio in libello principaliter attendi debet.*
5 *In concluſione ſtat modus agendi, ideo ſemper inſpici debet.*
6 *Quando ſpecies expreſſa non aduerſatur generi, non derogat generi.*
7 *In alternatiuis remediis, electio eſt petentis.*
8 *Ambiguum verbum, in iudiciis prolatum, interpretatur ſecundum intentionem proferentis.*
9 *Qui declarat, nihil addit.*
10 *Qualiter debeat excuſatio fieri à tutela iniuncta.*
11 *Tutor ſe non excuſans, vel cuius excuſatio non recipitur, tenetur de non geſtis & neglectis.*
12 *Vbi ratio eſt generalis, licet deciſio ſit ſpecialis, tamen lex eſt generaliter intelligenda.*
13 *Actio de rationibus diſtrahendis, aduerſus quem detur.*
14 *Tutor qui fecit ea, quæ facere non debuit, & qui non fecit, quæ facere debuit, quantum ad Actionem tutelæ, parificantur.*
15 *Tutor dicitur geſſiſſe ſi modicum quid attigerit.*
16 *Tutor non gerens qualiter intelligatur ſe quodammodo excuſaſſe, ad ſui incommodum, & ad perdendum legatum ſibi relictum, ſi gereret.*
17 *Regula quæ habet, quod quis grauius delinquat in faciendo, quã in omittendo, fallit in his quæ alicui ex neceſſitate officii incumbunt.*
18 *Negligẽter facere officium, & male adminiſtrans, quandoque pariter puniuntur.*

CONSILIVM LI.

DOmini noſtri Ieſu Chriſti auxilio ſuppliciter implorato. Quamuis in præſenti cauſa inter curatores ad litẽ honeſtæ Dominæ Annæ, vxoris Dominæ M. à K. Doctoris &c. ex vna, & prouidũ H. A. ex altera partibus, ſuper adminiſtratione tutelæ vertẽte, iura & fundamenta vtriuſq; partis, Actoris & Rei, ab Aduocatis ipſarum ſint plus quam copioſe, & ſubtiliter adducta, ita quod non eſſet opus aliqua vlteriori iuris informatione: attamen cum ego fuerim requiſitus à præfato D. Doct. vt meam ſententiam dicerem, quæ ſcilicet ſint partes iudicis in hac cauſa, an ſcilicet in condemnando vel abſoluendo Reum, non potui non huiuſmodi petitioni acquieſcere, & meum iudicium ſuper hoc exprimere. Idcirco arbitror partes iudicis in præſenti controuerſia, eſſe & fore in cõdemnando Reum, iuxta concluſionem libelli, per iura, rationes, & fundamenta nomine Actricis adducta: ex quibus etiam patet eliſio omnium adductorum ex parte ipſius rei. Et pro clara elucidatione illorum ſunt aliqua per ordinẽ breuib. examinanda, cum prius ſint ſufficiẽter diſputata, quib. diſcuſſis patebit veritas prædictæ reſponſionis. Et primo, an pro parte Dn. A. ſit intentata generalis Actio tutelæ &c. contra Reum, & non limitata ſiue reſtricta, & dato, quod eſſet intentatum generale iudicium tutelæ, an ab eo in Replica eſſet receſſum, & an Reus potuiſſet inuito Actore vnam partem alternatiuæ de qua in Replica eligere.

Secundo, an tutor vel curator legitime datus & cõſtitutus, qui ſeſe in legitima, & in iure expreſſa cauſa, à tutela ſibi decreta nõ excuſauerit, potiſſimum cum [illegible] negocia pupilli vel adulti, ſc. faciendo nomin[illegible] [illegible]ergi tranſactiones ſiue pacta, & quietando pupill[illegible] [illegible]bitores adminiſtrauerit, præſertim etiam nullo alio tutore extante vel adminiſtrante, dato, quod adminiſtrationi ſeu geſtioni aliarum rerum, durante ſua tutela, ſe nõ immiſcuerit, nec geſſerit, nihilominus teneatur reddere rationem tam de geſtis, quam non geſtis, ſeu neglectis, & ita ad confectionem Inuentarii, & ita an propter eius amiſſionem vel nõ geſtionem etiam poſſit contra eum in litem iurari, quanti ſcilicet interfuerit res pupilli adminiſtratas eſſe.

Ad primum quæſitum apparet clara reſponſio ex Actis & Iuribus pro Domino Actrice adductis, non obſtantib. impugnantibus partis aduerſæ, videlicet, quod ſit in primo libello intentatum Iudicium generale tutelæ ſiue curæ contra Reum, & non pro certis ſpeciebus, ꝙ & ab ea in replica nequaquam ſit receſſum, & quod Reus non potuerit eligere vnam ex alternatiua, de qua in ea, vt ſcilicet intelligatur nomine Actricis actio pro tutelæ tantum propoſita, &c. Nam cum in diſpoſitione libelli poſitum ſit, quod poſt tutelã matris & fratris Dn. A. Reus tutor eius conſtitutus vel datus fuerit, & Protutoris nulla penitus fuit facta mentio: Et ſequuntur poſtea illa verba, quod Reus ſe nomine Actricis adminiſtrationi & geſtioni immiſcuerit, &c. & completis iſtis orationibus & inſtructionibus ſubiecerit Actrix hæc verba exemplificatiua, ſiue declaratiua, præcedentium generalium ſpecificando certos Actus adminiſtrationis eius, ſcilicet, quod aliquos contractus ſiue tranſactiones nomine eius cum hominib. exercuerit & fecerit, homines etiam taliter nomine eiuſdem quietauerit, qui quidem caſus, & actus ſpecifice expreſſi, vt apparet, nõ veniunt reſtrictiue ad præcedẽtem diſpoſitionẽ generalem. Quod etiam fortificatur ex ſequenti generali clauſula, etiam de per ſe in plena, & perfecta oratione poſita, ſc. quod huiuſmodi geſtionem & adminiſtrationem, biß in ſieben Jar/vnder ſich gehabt. Et ita, quod geſſerit & adminiſtrauerit quaſi ſeptem annis, &c. Et demum ſequitur cõcluſio conformis, & apta vniuerſali Iudicio, ſiue Actioni tutelæ vel curæ, vt claret. Ergò demonſtratiue ſequitur & infertur, pro parte D. Annæ, fuiſſe & eſſe intentatũ Iudiciũ generale tutelæ, & nequaquam reſtrictum ad cõtractus, & quietationes. Cum in generali Iudicio tutelæ vel curæ, vel ſimili, ſufficiat generaliter ſolum peti rationem adminiſtrationis, quia geſſiſti negocia mea. *cum gloſſ. in l. 1. princip. in gloſſ. mag. ibi ſcilicet, in generali ſufficit rem, quam aduerſarius retinet, ableg. ff. de eden. & ibi Bart. & communiter Legiſtæ.* Hinc † concluditur, Iudicium generale eſſe vbicunque petatur ratio adminiſtrationis, cum ibi præſupponantur plura negocia implicita. *leg. Propoſito. §. Arbiter. ff. Pro ſocio, quam gloſſ. ibi Bartol. & Legiſtæ approbant. Canoniſt. in cap. 2. de libell. oblat.* Licet ſecundum Bartol. in dict. l. 1. conſultius ſit, quod in libello ponatur: Peto te condemnari, vt rationem reddas, & reliquam reſtituas, *vt per titul. ff. de nego. geſt. & de tutel. & ratio. diſtrah.* Imo etiam † in Iudicio generali tutelæ, vel alio non eſt neceſſe declarare res, & ſpecificatas probare ad hoc, vt ſequatur ſententia cõdemnatoria. *ſecundum Bald. Ang. & Fulgo. Alex. de Imo. & D. Iaſ. in d. l. 1. in prin.*

Quia Actor secundum eos poterit in executione sententiæ liquidare specifica de administratione rerum, sicut fit in exacutione seotentiæ latæ in iudicio vniuersali. Et hoc secundum Alexand. de Imo. *ibi, in 4. colum. versic. in ead. gloss. ibi, sed iudi. so pendente videtur sentire gloss. ibi, dum dicit potero, &c.* Et sic non denotat necessitatem, ideo reprehendunt ibi dd. in hoc Batt. tenentem contrarium. Imo Bart. idem voluit, & melius, *in l. 2. ante appa. Cod. de sen-*
3 *ten. quæ sint cert. quanti prof.* † Quod siue proponatur Actio vniuersalis, vt petitio hæreditatis, siue actio generalis, vt petitio tutelæ, vel negociorum gestorum, quod procedat petitio incerta, & seotentia incerta, & quod in executione sententiæ fiat certificatio, *& ita dicit ibi tenere gloss. mag. & plenius in dict. l. 1. in gloss. mag. ff. de eden. Idem tenet Sal. in l. Edita. Cod. de eden.* Et multum signanter vult Bartol. in leg. 1. *in 1. colum. vers. Ex prædictis nota, quod in Actione tutelæ,* iuncta gloss. quod potest formari libellus, exprimendo certam quantitatem, ad quam quis dicat, tutorem sibi teneri. C. si aduersi. tem iudicat. quod multum notat Alex. de Imo. in d. l. 1. *in 4. colum. vers. Et libellum in Actione tutelæ*, quod scilicet non solum procedat libellus in Actione tutelæ, si peto Reum condemnati ad reddendam rationem administrationis, cum designatione reliquarum: Sed etiam procedit, si peto condemnati ad dandam certam quantitatem, occasione administrationis. Et subiungit Bartol. in d. l. 1. in præalleg. vers. quod etiam possit formari libellus in Actione tutelæ, nullam exprimendo quantitatem, *per not. in dict. l. 1. in princip. ff. de edendo.* Ex quibus euidenter ostenditur in præsentiarum, vt ex tenore libelli constat, nomine Dominæ Actricis, non solum petitum esse reddere rationem administrationis, quia Reus eius negocia gesserat, sed quod Reus fuerit ei tutor constitutus, & quod se gestioni, & administrationi bonorum eius immiscuerit, & exépli siue declarationis gratia in libello narratum sit, quod impetitus nomine pupillæ suæ contractus fecerit, & quietauarit debitores eius, non quod curator ad lites præfatæ Dominæ Annæ restrinxerit se ad prætactus actus tantum, cum in processu non tantum res, sed etiam petitionem rationis generalis admioistrationis prosecutus fuerit, vt patet per titu. processum, & præsertim ex conclusione libelli. in qua petitum est, vt Reus reddat generaliter rationem
4 suæ administrationis. † Quæ quidem conclusio in libello principaliter attendi debet, *secundum Innoc. in cap. Super*
5 *literis, de rescript.* Et † in conclusione stat modus agendi, qui semper inspici debet, *per nota. in cap. Hæc quippe. 3. quæst. 6. & Innoc. in dict. l. super literis, & Panor. in dict. c. Hæc quippe. Ita expresse notat Bald. in l. Cum seruum, post princip. in versi. Et adde. Cod. de ser. fugit. & in dict. l. Etiam, in t. opposit. Cod. de furt.* & idem Bald. in dict. l. Edita, dicit, quod non inspiciatur quid, quale, & quantum narretur, sed qualiter, & quantum ex narratis concludatur, quia modus agendi stat principaliter in conclusione libelli. *& pulchre D. Ias. in dict. l. 1. in fi. 2. colum. versic. Adde magistraliter. Bartol. cum princip. seq. ff. de eden.* Hinc etiam notanter Bald. in l. 2. in fin. C. de partic. hæred. decidit: Quod si diuersæ causæ concludendi deducantur in libello, & solum apponatur vna conclusio, quod libellus procedat. Cum semper sit attendenda conclusio libelli. *Allegat Innoc. in dict. cap. Super literis. & est Barto. pulchre in l. Aurelius §. Sticho. per text. ibi, quod ex conclusione libelli apparet, qualiter præcedentia intelliguntur. ff. de libe. legat.* Per quæ iam patet, quod dicitur intentatum & propositum generale iudicium tutelæ vel curæ, contra H. A Reum, pro tanto, quod debeat condemnari, vt reddat rationem administrationis suæ, & exhibeat legitimum Inuentarium. Et quod in eius defectum contra eum Do. Actrix debeat admitti, salua taxatione iudicis ad iurandum in litem, &c. Et sic apertissime claret, quod in proposito, ex quo petitio fuit generalis, ad nullam certam speciem restricta; & etiam prosecutio generalis, quod debeat sequi sententia generalis *l. Licet à contrario sensu. cum ibi nota. C. de iudi. & per ea quæ habentur & notantur in l. Sub prætex. in l. Age. & in l. Si de cert x. C. de transact.*

Præterea quod in Replica nullo modo sit recessum, à iudicio tutelæ generaliter intentato, non obstante illa alternatiua, in ea posita, scilicet als ein Vormunde oder Protutor habe helffen verträge auffrichtē / ꝛc. est sine dubio, vt ex actis clarissime patet. Quia in eadem replica Actor ante illam alternatiuam reproducit actionem tutelę vel curæ, in primo libello generaliter intentatam, in quo quidem libello narratum est, quod Reus fuerit constitutus Dominæ Actrici tutor, & quod se gestioni & admioistrationi eiusdem immiscuerit, quibus in Replica nulla penitus alternatiua apposita est, scilicet quod administrauerit bona pupillæ suæ, vt tutor vel protutor. Sed alternatiua est solum adiecta illi clausulæ, Helffen verträge auffrichten / vnnd die Bürgen quittieren. Quare iudicium generale in primo libello propositum in Replica, nedum est mutatum, alternatum, nec restrictum ad certas species, sed etiam expresse confirmatum & tactum, sicut etiam innuunt verba ibi posita, scilicet inhærere, vnd diese anhang vorbestalter Gewehr zu thun. Ideo inepte adducitur pro Reo, quod per illam alternatiuam sit restrictum primum iudicium tutelæ, tantum ad contractus & quietationes per Regulam, quod generi per speciem derogetur. Cum nomine Dominæ Actricis ante præstitam gerendam, & postea semper prosecutum, fuerit generale iudicium tutelæ, & non restrictum, nec limitatum ad contractus & quietationes, quum isti actus solum de specificatione seu declaratione generalis actionis tutelæ oblatæ, exempli causa, fuerunt expressi. Ideo Regula, quod generi per speciem derogetur, in proposito inaduertenter adducta est. Quod etiam confirmatur, quia † quando species expressa non 6
aduersatur generi, licet sit subiectiua, tunc species non derogat generi, quum gratia exempli posita videatur. Ita probatur per text. ad literam, in l. Quæsitum. §. Si quis fundum. ff. de fund. instruct. legat. dicitur enim ibi in 1. Respon. Quod si testator legauerit vni fundum instructum, & adiecerit cum supellectili vel mancipiis, quod adiectio speciei non minuat legatum generis, sed potius ex abundantia adiectam videatur. Sed hic isti actus, scilicet faciendo contractus & quietando, non aduersantur generi in principio libelli posito, scilicet quod Reus se immiscuerit administrationi bonorum pupillæ suæ. Ideo ipsi solum intelliguntur positi ex superabundantia, & ita gratia exempli, & non restrictiue, siue limitatiue. Et hoc procedit *secundum Dyn. & Philipp. Franc. in cap. Generi per speciem, derog. iur. in 6.* in omni materia siue dispositione, & hoc sine dubio procedere videtur, quando genus & species diriguntur ad eandem personam, secus si ad diuersas, & qualitas rei, & conditio personarum aliud induceret, *vt in casu dict. l. Quæsitum. §. final. & ibi gloss. fin. declarat.*

Et sic clarius claro patet, quod prædicti actus in libello solum exempli gratia, & non restrictiue positi sint, nec in Replica in hoc reperitur facta mutatio, cum in ea non sciatur, quod Reus gesserit & administrauerit bona siue res pupillæ, vt tutor, vel protutor. Sed solum alternatiua fuit ibi posita inter particulares actus, scilicet q. Reus vt tutor, vel protutor, fecerit aliquos contractus, & quietationes.

Ex quo

Ex quo etiam lucidiſſime infertur, poſito, & non con-
ceſſo, cum non ſit verum, vt ex citatis pro Domina Actri-
ce, claret, quod Reus potuiſſet vnam ex prædictis alter-
natiuis, ſcilicet quod fecerit contractus &c. vt protutor
elegiſſe, quod adhuc teneretur actione tutelæ generali,
ſiue generaliter intentatæ, cum illa alternatiua non ſit
adiecta generali adminiſtrationi, quod ſcilicet admi-
niſtrauerit bona pupillæ, vt tutor, vel protutor, vel quod
fuerit datus tutor vel protutor Actrici. Et ideo ſunt me-
re friuolæ per aduocatum recitatæ. Quanto magis prædi-
cta locum habent in terminis noſtris, cum Reus inuito
Actore non poterit eligere alteram ex prædicta alterna-
7 tiua, † per regulam, quæ habet, quod in alternatiua re-
mediorum electio ſit petentis. *l. 3. §. Et generaliter. ff. de eo quod
cert. loc.* 1. licet Actor eligendo vnam actionem; quando
ſcilicet plures competunt ad idem, non poterit poſtea
redire ad aliam. *l. in heredem. §. eligere. ff. de tribut. actio.* Niſi
Actor redderetur incertus ex facto Rei volentis eum
certificare. *leg. 1. §. quod autem. ff. Quo. bono.* Sed actio tutelæ
& protutelæ competunt ad idem. *dict. leg. 1. in princip. ff. de
tut. & ratio. diſtrah.* & nomine Dominæ Annæ à K. fuit in-
tentata primo actio tutelæ generalis. Ergo nequaquam
in Replica intelligitur propoſita actio protutelæ, maxi-
me cum vt ſupra & in actis oſtenſum ſit, quod pro parte
Actricis prima actio non ſolum non ſit in Replica, mu-
tata vel emendata, ſed expreſſe in ea ratificata & repro-
ducta, & quod alternatiua ſit ſolum poſita, quod Reus
vt tutor, vel protutor, fecerit aliquos contractus & quie-
tationes, & in electione Actricis ſteterit & fuerit decla-
rare & interpretari poſtea, quid intentionis eius fuerit,
quod huiuſmodi actus fecerit, vt tutor, vel protutor, &
ita eligere vnam ex illa alternatiua, ſolum poſita inter
prædictos actus ſpecificos.

8 Cum † alias ambiguum verbum, à quocunque pro-
latum in iudicio, indiſtincte interpretetur ſecundum
intentionem proferentis. *leg. Si quis intentione ambigua, &
ibi Bartol. ff. de iudic.* Item concluſio libelli in præſen-
tiarum, vt ſupra probatum eſt, declarat actionem tu-
telæ propoſitam eſſe, & non actionem protutelæ, quod
confirmatur per id, quod notat Bald. in l. Dominum, *in t.
colum. verſic. Modo circa primam partem*, vbi notab. decidit,
quod iſte libellus, quando ſcilicet dico, quod talem rem
ad me pertinentem accepiſti, quare peto me dominum
declarare, & te compelli ad reſtitutionem rei cum fru-
ctibus procedat, & non poſſit tanquam generalis vel in-
eptus reiici, quaſi verbum, pertinere, ſit obſcurum, quo
ſcilicet iure, vel ex qua cauſa pertineat res ad me, quia
dicit ipſe, quod talis libellus non ſit generalis, ſed ſpe-
cialis, quia concluſio libelli debet attendi, quæ conclu-
dit expreſſe ſuper dominio. Cod. de rei vend. Quanto
magis cum pro parte Dominæ Actricis fuerit decla-
ratio facta, quod Reus fecerit contractus tanquam tu-
tor, apparet ab intentato iudicio generali tutelæ non
fuiſſe receſſum, *& dicit notab. in dict. leg. Edita, mihi ante
finem 3. column. verſicul. Quandoque volo emendare, quod quis
poßit obſcuritatem libelli, vel aliqua verba obſcura declarare, vſ-
que ad ſententiam, per dict. leg. Si quis intentione ambigua*, & hoc
ſecundum eum procedit in proponente, quare cura-
tor ad litem Dominæ Annæ potuit declarare mentem
ſuam, & ita eligere alteram ex prædicta alternatiua, quod
ſcilicet Reus fecerit contractus, &c. vt tutor, licet poſt e-
lectionem non potuiſſet variare; ad quod optime acce-
9 dit Regula, quæ habet: † Quod qui declarat, nihil addat.
leg. Hæredes palam. §. Quod vero, vbi deciditur, quod
teſtator, qui in teſtamento quid obſcurius nuncupaue-
rit, vel ſcripſerit, puto Stichum legando, quum plures
Stichos haberet. Item Titio amico ſuo, quum plures
Titios amicos haberet, legauit poſt ſolennia teſtamen-
ti, poſſit declarare, de quo ſenſerit: & aſſignat ibi ra-
tio. text. Quia nihil nunc dat, ſed datum ſignificat. ff. de
teſta.

Præterea ad ſecundam Reſponſionem non minus lu-
cidiſſime colligitur ex iuribus nomine Dominæ Annæ
Actricis, productis, citatis, † videlicet, quod tutor le- 10
gitime conſtitutus, qui ſe à tutela ſibi decreta ex cauſa in
iure expreſſa, legitime non excuſauerit, præſertim alio
tutore vel curatore adminiſtratore non extante, tenea-
tur reddere rationem, etiam de non geſtis, ſiue neglectis,
maxime quum aliqua geſſerit, & ita ad confectionem
Inuentarii, & quod in eius defectum ſiue ob negligen-
tiam eius, contra ipſum iurari poſſit in litem, quanti ſci-
licet quondam pupilli interſit, res non eſſe geſtas. Nam
primo explorati iuris eſt, quod ſi alicui fuerit à Magiſtra-
tu decreta tutela, vel cura alicuius pupilli vel adulti,
quod is obſtrictus ſit primo ſuſcipere tale officium, niſi
ſe legitime ex cauſis in iure expreſſis, ab huiuſmodi offi-
cio tutelæ excuſauit, & magiſtratus decreuerit cauſam
vel cauſas excuſationis eſſe & fore legitimas, &c. *vt patet
per totum titulum. ff. & Cod. & inſtitut. de excuſat. tutor.* Et huic
excuſationi ſunt ſtatuta tempora, *ſcilicet l. Et quandoque.*
triginta dies vltra à tempore notitiæ creationis ſiue da-
tionis tutelæ: ita quod poſt illud tempus tutor conſtitu-
tus etiamſi habeat legitimam cauſam ſe excuſandi, non
audiatur. *l. Quinquaginta, & ibi bona gloſſa, & §. Et qui poteſta-
tem. & §. Qui autem. & l. Quinquaginta. C. Inſt. & ff. eodem titulo.*
A creatione enim tutor non appellat, ſed intra conſtitu-
ta tempora excuſatio, ſi quam tutor habet, præponi po-
teſt. *l. Tutores. C. eodem.*

Et ſuſceptam tutelam, tutores, etiam habentes legi-
timam excuſationem deſerere amplius non poſſunt.
dict. §. Et qui poteſtatem, vbi dicitur: Et qui poteſta-
tem aliquam habent, ſe excuſare poſſunt, vt Diuus
Marcus reſcripſit, ſed ſuſceptam tutelam deſerere non
poſſunt, & niſi executio tutoris ſe excuſantis, fuerit ap-
probata, periculum pertinet ad eum. *leg. Si tutor. Cod.
eodem titulo.* Et ideo † in iure deciſum eſt, quod tutor 11
ſe à tutela ſibi decreta non excuſans, & cuius excuſatio
non fuerit recepta, vel approbata, quod etiam tenea-
tur actione tutelæ de non geſtis vel neglectis, quum
fuerit in dolo, vel ſaltem lata culpa non gerendo. Ita
patet per iura totunda, in productis allegata, ſcilicet
in leg. 1. in principio, vbi dicit textus. Certum eſt, non
ſolum eos, qui geſſerunt, ſed etiam qui gerere debue-
runt, tutela teneri. leg. 2. in 2. Reſponſ. vbi textus in-
quit: Si qua vero ſunt, quæ quum geri debuerunt, omiſ-
ſa ſunt, latæ culpæ ratio omnes æqualiter tenet. Cod.
Si tutor non geſſe. & bonus textus in leg. final. in fine,
qui ſolum eſſet ſufficiens ad eludendum omnes cauilla-
tiones aduerſarii; dicit enim textus, in eo autem, quod
tutor vel curator qui adminiſtrare debuit, nec admini-
ſtrauit, rationem reddere debeat, non eſt ambigen-
dum. Illa verba clara non patiuntur aliquam calumni-
am. & l. Pater, vbi dicitur: Pater veſter tutor vel curator
datus, ſi ſe non excuſauit, non ideo vos minus hære-
des eius tutelæ vel vtili iudicio conueniri poteſtis, quod
eorum tutelam ſeu curam non adminiſtraſſe dicitis: &
aſſignat rationem. Nam etiam ceſſationis ratio redden-
da eſt. C. de hæred. tutor. per quam l. Pater, vt dicit gloſſ.
in verbo, poteſtis, probatur, quod tutor vel curator
ceſſans ab adminiſtratione ſibi decreta, à qua ſe non ex-
cuſauit, & cuius excuſatio non fuit à Magiſtratu appro-
bata; dicitur eſſe in dolo vel lata culpa, quum hoc

ſolum ex dolo vel lata culpa defuncti teneatur, *& quod ſit in dolo vel lata culpa, patet per textum in dict. l. 1. in princip. quam etiam gloſſ. in dict. leg. Pater. ad hoc citat.* & l. Si tibi, vbi eſt etiam fortis textus, quum dicat: Si tibi pater auunculum teſtamento recte tutorem dedit, nec is excuſatus eſt, eum tam de adminiſtratis, quam de neglectis iudicio tutelæ, quum adminiſtrare deberet, apud competentem Iudicem conuenit, ſecundum bonam fidem tibi ſatisfacere iuſſum. Cod. de teſtam. tuto. & quod tutor non gerens in totum, vel pro parte, non minus actione tutelæ teneatur, quam gerens ſeu adminiſtrans, probatur vltra prædicta iura inconuincibiliter, etiam per text. in productis allega. & inductum ſcilicet in leg. Si quis tutor. §. Quin autem. ff. de ritu nupt. Quia text. ita ibi expreſſe canit: Quin autem ille, qui cum datus eſt tutor, ceſſat in adminiſtratione, pertinet ad rationem, non eſt dubium, quia perinde tenetur ex ſacris conſtitutionibus, atque geſſiſſet, &c. Et ſic apparet ibi text. quo ad iudicium tutelæ, tutorem omnia etiam non gerentem ſeu ceſſantem, parificari tutori gerenti ſeu adminiſtranti. Nam erat dubium, an tutor datus pupillæ, qui tamen omnino ceſſauerat ab adminiſtratione rerum eiuſdem, pertineat etiam ad orationem, id eſt, an intelligatur prohibitus eam ducere in vxorem, ſicut tutor qui adminiſtrauerit: & decidit ibi Iureconſultus, quod ſic, aſſignando ſc. rationem, quia etiam tutor datus licet ceſſauerit ab adminiſtratione, tamen perinde tenetur ex ſacris conſtitutionibus; ac ſi geſſiſſet. Nec valet hic iſta euaſio, dicendo ſcilicet, quod d. §. Quid autem, loquatur, quod quantũ ad prohibitionem matrimonii contrahendi cum pupilla tutoris nulla ſit differentia, an tutor datus geſſerit ſiue adminiſtrauerit,
12 vel ceſſauerit, &c. Quia † cum ratio ibi poſita ſit generalis, dum dicit: Quia perinde ex ſacris conſtitutionibus tenetur ac ſi geſſiſſet, licet conſtitutio ſiue deciſio ſit ſpecialis, quod tamen generaliter eſt intelligenda. l. Regula §. Si quis, dum dicit: Et licet municipum mentio in hac Epiſtola fiat, tamen in qualibet perſona idem obſeruabitur, & ibi dum tex. dicit: Initium conſtitutionis generale eſt, & ſic ibi tex. dicit, conſtitutionem procedentem ſpecialem in municipibus tantum loquẽtem etiam habere locum in qualibet perſona, cuius ratio poſita ibi in text. ſit generalis, quum dicat. Sciant ignorantiam facti, non iuris prodeſſe, nec ſtultis ſolere ſuccurri, ſed errantibus. & ibi Bar. ff. de iur. & fact. igno. & ſic liquido patet, quod tutor datus ſeu conſtitutus, & non excuſatus, licet non geſſerit, pariformiter tenetur de neglectis, ſicut tutor gerens de geſtis, &c. Et illis nihilominus obſtat tex. in l. 1. §. de rationibus, & l. ſequen. ff. de tute. & rat. diſ-
13 trah. Quia † iſte tex. loquitur de actione de rationib. diſtrahendis, quæ eſt ſpecies, actionis tutelæ, & actio tutelæ eſt genus ad eam. Et ideo vbi competit actio de rationibus diſtrahendis competit etiam actio tutelæ, ſed non è contra. *Ita expreſſe probatur in l. 1. §. In tutela, & ibi hoc expreſſe dicit Bald. in prin. verſ. Tertio præmitte, cum ſeq. ff. de tute. & ration. diſtrah.* Et ideo d. tit. de tutela, & rationibus diſtrah. ſecun. gl. Rub. ita tractat de tribus actionib. ſc. de actione tutelæ. Secundo de actione de rationibus diſtrahendis, *vt in l. 1. §. de ratio. & in d. l. 2.* Tertio de actione curæ, id eſt de actione vtili, quę datur in contutorem, & ideo Dy. in Rub. de tut. & ratio diſtrah. & Bal. ibi ſuper glo. Rub. poſt gloſſ. dicunt, quod ideo appelletur actio de rationibus diſtrahendis, quia diſtrahere idem eſt, quod alienare; vel auertere à patrimonio. Ex quo ergo tutor rem pupilli, quam bona fide, & ad vtilitatem pupilli tractare debuit, diſtraxit, id eſt, ad alium vſum conuertit, appellatur de rationibus diſtrahendis, & ideo iſta actione tutor propter perfidiam eius, tenetur etiam in duplum, in quo ineſt ſimplum. *d. l. 1. §. Conſiderandum.* Et quum iſta actio de rationibus diſtrahendis, non detur contra tutorem, niſi rem ex bonis pupilli in gerendo tutelam abſtulerit, vt dicit text. in dict. leg. 2. in princip. dum inquit: Actione de rationibus diſtrahendis, nemo tenetur, niſi qui in tutela gerenda, &c. ex bonis pupilli abſtulerit. Et ſequitur ibi in litera, quod ſi furandi animo fecerit, etiam furti tenetur. Ideo non poteſt competere, niſi tutor geſſerit, alias ex tutela gerenda, nihil poſſet auferre, & ex bonis pupilli alienare, & à patrimonio eius auertere, & in ſui vtilitatem conuertere. *d. §. de rationibus. & dict. l. 2.* Sed actio tutelæ, quæ competit contra tutorem, demum finita tutela. *l. Niſi, cum ſimil ff eod. tit. de tutel. & ratio. diſtrah.* datur nedum pro geſtis, verum etiam pro non geſtis, ſeu neglectis, & non adminiſtratis, *leg. ſupra allega.* Ex quibus iam liquido conſtat, quod pro parte Rei. d. §. de ratio. & l. 2. plus quam inaduertenter, ſiue indocte, ſi non calumnioſe, citatæ fuerint. Cum argumentum à ſpecie ad genus negatiue non valeat, & ſic non ſequitur, actio de rationibus diſtrahendis, non datur non gerenti. Ergo actio tutelæ non datur contra non gerentem. Cum etiam definitiones actionis tutelæ, & actionis, de rationibus diſtrahendis, ſint diuerſæ & ſeparatæ, & nomina ſunt diuerſa, vt ex prædictis patet, &c.

Nec rotunda iura ſupra allegata, quibus manifeſte deciſum & expreſſum eſt, quod tutor datus, & legitime nõ excuſatus non gerens, quantum ad actionem tutelæ, per omnia parificetur gerenti, quantum ſcilicet ad hoc, vt vterque pariformiter teneatur tutelæ, poſſunt per illud phantaſma, ſiue copiam nouarum phantaſiarum expugnari, quod ſcilicet quis ſe excuſaſſe videretur, eo ipſo, quod ab adminiſtratione abſtinuiſſet, & quod abſtinere ab adminiſtratione ſit ſe excuſare, &c. Cum plus quam liquido probatum ſit, ſcilicet quod nulla penitus ſit differentia inter tutorem datum, ſiue conſtitutum: gerentem, vel non gerentem, qui ſe legitime à tutela ſibi decreta non excuſauerit, & cuius excuſatio non fuerit à Magiſtratu approbata & decreta. Ideo ſunt nugæ, & proprie loquendo, nouæ, id eſt ementitæ phantaſiæ, à nullo vnquam gloſſatore vel Doctore excogitatæ, quod ſcilicet tutor abſtinens ab adminiſtratione, diceretur ſe excuſaſſe, contra expreſſa iura. Cum etiam tutor ſe excuſans ſine cauſa à iure ſpecifice expreſſa, vt cuius excuſatio non eſt recepta, habeatur pro non excuſato. Quanto minus tutor à tutela ſibi à magiſtratu decreta, ſe non excuſans, ſed contra legis prohibitionem, in præiudiciũ pupilli ſui, negligens gerere ſiue adminiſtrare, habeatur pro excuſato, quo minus teneatur tutelæ? alias enim omnia iura, & ſupra adducta, & alia diſponẽtia quod tutor etiam abſtinens teneatur de neglectis, ſeu non geſtis, perinde ac ſi geſſiſſet, deſeruirent ad ventum. Et illa noua phantaſia, id eſt, phantaſma cõtra l. & rationẽ, fictum, eſt etiam contra tex. in l. 1. in prin. ff. de admin. tuto. vbi dicitur: Gerere atq; adminiſtrare tutelam extra ordinẽ, tutor cogi ſolet, & ſtatim ſeq. in tex. Ex quo ſcit ſe tutorem datum, ſi ceſſat tutor, ſuo periculo ceſſat. Id enim à D. Marco conſtitutum eſt, vt qui ſcit ſe tutorẽ datum, nec excuſationẽ, ſi quam habet, allegat intra tempora præſtituta, ſuo periculo ceſſat; quod vtique intelligitur, quod tutor dicatur ſuo periculo ceſſare, quo ſecundum actionẽ tutelæ, ac ſi geſſiſſet. *Et idem patet per text. in l. ita autem. §. fin. ff. de adminiſt. tut.* Et eſt etiam tex. ad literam, quod tutor non gerens ſiue abſtinens, teneatur vtili actione tutelæ, in d. l. ita autẽ. §. Geſſiſſe. in fi. dum dicit: Quod ſi non acceſſit is, cui mandatum eſt, vtti actione conueniatur, ſubaudit

ibi

ibi gloss. scilicet actione tutelæ, & dicit ibi expresse Bart. etiam per illum text. quod tutor qui non gesserit, tenetur vtili: & hoc etiam declarat text. cum gloss. in dict. leg. Non quasi. §. Illud, alias, §. 1. ff. Rem pupill. sal. for. Nam dicitur ibi inter cætera, quod tutor ex stipulatione rem pupilli saluam fore teneatur, & quod ille, qui non gesserit, ex ea non teneatur. Nam nec actio tutelæ eum qui non gessit, tenet, & dicit ibi gloss. in verbo, Tutelæ, scilicet directa, & sequitur in litera: Sed vtili actione conueniendus est, quia suo periculo cessauit. & dicit ibi gloss. in verbo, Vtile actione, scilicet tutelæ; quæ in subsidium datur, quando ille qui gessit, non est soluendo, per text. in l. Tutores qui. §. In eum. ff. de administrat. tutor. vbi est etiam clarus textus, quod actione tutelæ teneatur primo gerens pro gestis siue administra-
14 tis, & pro neglectis, & ita non gestis, † omnes tam gerentes, quam non gerentes, æqualiter tenentur actione scilicet tutelæ. Quanto magis tutor datus non gerens, nullum penitus habens contutorem, insolidum actione tutelæ teneatur. Quod etiam fortificatur per text. in l. 1. in princip. vbi parificatur tutor, qui fecit ea quæ facere non debuit, & qui non fecit quæ facere debuit, quantum ad actionem tutelæ. ff. de tut. & ratio. distra. & loquitur ibi tex. per signum vniuersale distributiuum, dicens scilicet; In omnibus quæ tutor, &c. per quem tex. dicit ibi Bar. in princ. quod tutor teneatur pupillo actione tutelæ directa, tam de gestis, quam de neglectis, & sic est ibi tex. ad literam, quod paria sunt, non facere facienda, & facere non facienda. Et hoc est secũdum Dy. & Bal. ibi verum, in incumbentibus ratione officii, & ideo etiam tutores & curatores tenentur de leui culpa, etiam in omittendo. *l. Tutori. C. de neg. gest.*

15 Et † tutor dicitur gessisse, etiamsi modicum attigerit; verum directa actione teneatur. dict. leg. Ita autem. §. Gessisse, in principio, vbi exponitur verbum, Gerere. ff. de administra. tutor. Inquit enim Iureconsultus. Gessisse autem videtur tutor, quicquid omnino, pupillare attigit, etiamsi modicum. Hinc etiam dicit Bartol. in dict. leg. Non quasi, *in fine, princip. versicul. Quæro, quod si tutor.* Quod si tutor quædam gessit, quædam non gessit. pro non gestis etiam tenetur directa ratione. Per quæ vtrique plus quam luculenter patet, inepte & minus iuste, non obstantibus omnibus phantasiis, etiam in vltimo producto ab Aduocato Rei adductis allegatum esse, quod tutor non gerens vel abstinens ab administratione, intelligatur eo ipso se ab ea excusasse.

16 † Cum etiam expressa excusatio sine iusta causa à iure expressa, & à iudice competenti recepta, seu approbata, eum non excusaret, quo minus tam de gestis, quam de non gestis, actione tutelæ quondam pupillo suo teneatur. Cum paria sunt, tutorem se excusare, minus tamen legitime, siue inualide, vel non excusare. l. Nulla vbi dicitur: Nulla differentia est, non interueniat authoritas tutoris, an perperam adhibeatur. Ita nulla differientia est, tutor vel curator non excuset se, vel sa excuset, minus tamẽ idoneè, & inualide, *& bene facit textus, in l. Obligari. §. Tutor, alias §. final. ff. de auto. tutor.* Cum nullum, & inualidum parificentur. *leg. Quoties. cum similibus, ff. Qui satisd. cog.* Et ideo etiam expresse inquit Angel. Aretin. in §. Actionum, *in 25. colum. ante finem, versicu. Item dixi in libello gerere debuit, &c.*

Quia quum tutor potuerit vel debuerit gerere, & non gessit, vel non fuerit legitime excusatus, tenetur ac si gessisset, licet non alleget iura supra citata. Instit. de actionibus. Item leg. Quid autem. ff. de excus. tuto. præcise probat contra Reum. Nam ibi legatarius fuit à testatore constitutus tutor, qui se non excusauit, sed administrare noluit, quia dicebat cæteros tutores idoneos esse. Quærebatur, an is tutor amittat legatum sibi relictum, quum possit in subsidium aliorum conueniri. Dicit ibi Iureconsult. hoc non esse quærendum, vt scilicet possit in subsidium conueniri, sed quod contumacia eius punienda sit, qui quodammodo se excusauit, ideo amittit legatum. Nam eo ipso quod abstinet, intelligitur se excusasse secundum Bartol. & Bald. ibi. Et tamen legatarius per hanc excusationem, quæ intelligitur eo ipso, quod abstinuit, reddit se indignum, propter eius contumaciam in hoc commissam iudicio testatoris, in amittendo scilicet legatum, sibi à testatore relictum, quod quidem legatum tutor legatarius etiam amitteret, si se expresse & legitime à tutela excusasset, ex quo legatum fuerit ei à testatore, propter onus tutelæ, relictum, & sic quum non subeat onus, non debet habere commodum, propter onus ei relictum. leg. Nesennius, in versicul. Recte, vbi dicitur: Recte ergo placuit eum qui recusat id onus, quod testator reliquit, ab eo, quod petit, quod idem dedit, repelli debere, & dicitur in l. sequen. Tutorem se legitime excusantem priuari legato, nisi pater siue testator euaderent, voluit dare legatum, etiamsi tutelam non administraret. ff. de excusa. tutor. Ideo in dict. leg. Quid autem, optima ratione deciditur. Quod si legatarius tutor sa non excusauerit, sed voluerit administrare, quod quodammodo se excusauit. Nam dicit textus: Sed contumacia eius punienda est, qui quodammodo se excusauit, quantum scilicet ad hoc, vt reddat se indignum iudicio patris, siue testatoris. Et sic eo ipso, quod abstinet, dicitur quodammodo se excusare, ad effectum scilicet prodinonis legati, quod ei propter onus tutelæ ascriptum fuit. Qui enim non subit onus testamenti, non debet ex testamento commodum portare, quod gratia illius oneris est relictum, vel præsumitur esse relatum, & iste est verus modus allegandi dict. l. Nesennius, secundum Bald. ibi. Sed nec in dict. leg. Nesennius, nec in sequen. nec in dict. leg. Quid autem, dicitur, nec verbo probatur, quod tutor non gerendo, vel abstinendo censeatur se excusare ab administratione, pro tanto, quod non teneatur abstinens seu non gerens actione tutelæ, de non gestis. Cum quantum ad effectum actionis tutelæ pari passu ambulent, tutor scilicet se excusans, minus tamen legitime, & cuius excusatio non est approbata, & recepta, & tutor non gerens, *vt patet per leges supra allegat. & per totum titulum. ff. Cod. & Instit. de excusat. tutor.* Imo etiam dict. lex Quid autem, in ratione dubitandi, hoc expresse innuit ibi, dum dicit: Et sic poterit conueniri, si ab illis res seruari non potuisset, iuncta ratione decidendi ibi, dum dicit: Sed hoc non quærendum est, sed contumacia eius, *iuncta gloss. in verbo ibi, Sed hoc.* Et inductio calumniosa de dict. leg. Quid autem, & quod ibi dicunt Bart. & Bald. ostenditur etiam per text. in dict. leg. Et si scisses, de administra. tutor. in princip. quam gloss. in dict. leg. Quid e autem, in verbo, Non potuisset, citat. vbi etiam aperte patet, quod si vnus tutorum sciens se datum, abstineret aliis gerentibus, non tamen sufficientibus & idoneis existentibus, quod non administrans teneatur actione tutelæ, in subsidium. Et dicit ibi prima gloss. inter cætera, quod curator nullam habens excusationem, statim tenetur, ex quo scit. Alleg. optim. text. in leg. Quidam decedens, in fine, vbi dicit: Ex quo innotuit tutori, se esse tutorem datum, siue debet periculum tutelæ ad eum pertinere, &c. ff. de administra. tutor. & ibi pulchra gloss. in verbo, Respicere, dicit: quod si curator

sciat se datum, & sciat nullam sibi competere excusationem, statim tenetur. Nec aliquid facit lex, Hęc enim cause. § fin. ff. de suspect. tuto. Quia iste tex. loquitur quantum ad accusationem tutoris vel curatoris, ad effectum, eum tanquam suspectum remoueri. imo est ibi textus ad literam, quod propter solam negligentiam, vel ignauiam possit tutor vel curator remoueri, dum dicit: Verum ob ignauiam & negligentiam, vel dolum, si dolo fecerint, possunt remoueri. Et text. ibi in prin. loquitur, quando tutores nihil gesserunt ignorantes scilicet, & quod tutor vel curator propter cessationem, siue non gestionem, possit tanquam suspectus accusari, & remoueri. *Sunt text. ad hoc tam in l. 2. & 3. C. de suspect. tut. & Bart. in d. § fi.*

Ex quibus iam euidenter claret, quam calumniose & fraudulenter ad propositum nostrum, pro parte Rei, adductum sit, quod abstinere, seu non gerere, sit excusare se à tutela, vel cura. Nam si hoc esset verum, subuerteretur tota materia titulorum & ll. loquentium in materia tutelarum & curarum, & ideo etiam tex. in d. l. Quid autem cum mysterio vtitur leg. quodammodo se excusauit, & quod voluit administrare; vt scilicet amittat legatum. Innuens per hoc, quod etiam isto casu non intelligatur se proprie excusasse à tutela. Cum dictio, quodammodo, improprietatem denotet, *l. 1. cum glo. ibi in ver. quodammodo. ff. de ver. signi. l. 2. §. Sed etsi mihi, & ibi Doctor. cum simul. ff. de verb. obli.* per quae iam patet responsum ad gloss. in l. Qui tutelam. ff. de test. tute. cum loquatur in simili materia relicti scil. tutori testamentario, & allegat gl. ad hoc d. l. Quid autem, & sic secundum illam debet intelligi per Reg. vulgatã, quam tradit Bar. in l. Non solum. §. Liberationis verba. ff. de lib. leg. quae habet. quod d. gl. vel Doct. debet intelligi secundum legem quam allegat, & nemo, vnquam Doctorum fuit adeo supinus, qui contra manifestissima iura diceret, eo ipso se excusasse ab ea, vt scilicet non teneretur actione tutelae de non gestis. Et sic patet, quod ratio qua aduersarius nititur probare, quod non gerens habeatur pro excusato, non sit inconuincibilis, sed prorsus fatua, ita vt aduocata Rei non inepte obiici posset: Aut nescis quid dicis, aut stultum est phantasma tuum, dum ita arguit, satis expeditum esse filium in potestate esse ipso iure suum & necessarium haeredem, & tamen ne hoc efficiatur, sufficit vt se simpliciter abstineat, nec est aliqua excusatio, denũciatio vel protestatio necessaria. *d. l. 2. & ibi omnes Doct. notant. Cod. Si minor se ab haered. absti.* inferens quare etiam tutor, qui bona siue res pupilli sui nunquam attigerit; per huiusmodi abstinentiã non deberet haberi pro legitime siue idonee excusato, & protecta oneribus tutelae nihil amplius obstrictus esse, quam ad damnum, quod pupillus eius per huiusmodi abstinentiam passus fuerit: Nam verum est filium in potestate esse suum & necessarium haeredem. *§. Sui. Insti. de haered. quali. & differentia. l. in suis. ff. de lib. & posthu.* pariter verum est, filio in potestate à praetore esse indultum beneficium abstinendi ab haereditate paterna, ita quod non obstante, quod sit haeres suus, & necessarius, non teneatur creditoribus haereditariis. *d. §. Sui, in fi.* & super isto beneficio abstinendi filio à praetore ex aequitate concesso, fundata est d. l. 2. C. Si minor se ab haered. absti. de eadem quod valeat huiusmodi abstinẽtia sine Animi zestatione, siue denunciatione, sed nedum nullo iure, nec praetorio, nec ciuili, cautũ est, tutorẽ datum & constitutũ abstinere, siue se excusare posse, sine legitima & iusta causa in iure expressa, ne gerat, siue administret. Sed contrarium praecise reperitur in iure decisum & statutũ, quod tutor datus, se legitime non excusans, & cuius excusatio non fuerit recepta, nõ possit se abstinere à tutela, & si se abstinuerit, & ita non gesserit, nec administrauerit, tenetur actione tutelae de non gestis iuribus supra alleg. Item praetor qui semper habet ęquitatem prę oculis. *l. Quod si Ephe. ff. de eo, quod cert. loc.* ex aequitate filiis in potestate in eorundem fauorem indulsit beneficiũ abstinendi. Sed si tutor sine legitima excusatione potest abstinere à tutela sibi decreta, pro tanto, quod nõ teneretur pupillo, de neglectis; siue non gestis. redundaret in magnũ, imo, vt apparet, irreparabile praeiudicium & damnũ Minoris, quare inconuincibilitas illius argum. plus quam clare conuicta est. & ita quod tale argumentum proprie abundat copia nouarum phantasiarum, hoc est nouarũ, & prius à nullo excogitatarum ineptiarum, &c. Et sic cũ, vt ex supra dictis omnibus claret, non obstantibus nouis phantasiis Aduocati, pactis cesset inuicta & inconuincibilis ista consequentia: Tu fuisti tutor constitutus, & te non legitime ab huiusmodi tutela excusasti, nec gessisti, potissimum alio tutore gerẽte siue administrante nõ extante, ergo non minus teneris actione tutelae, sc. ad redditionem rationis, quam si gessisses. *d. l. 1. & d. l. 2. C. Si tut. vel cura. non gess. & d. §. Quid autem.* & d. l. fi. in fi. C. de haered. tut. vbi tex. expressis verbis inquit: In eo autem, quod tutor vel curator administrare debuit, nec administrauit, rationẽ eos reddere, non est ambigendũ, cum simil. concor. supra citat. Sicut etiam vult solennis Antiquus Doct. Roffudus in forma libelli tutelae, vbi inter caetera in haec verba prorumpit: Et causa breuitatis libellũ sic cõcipiens, quando administrauit, reddat rationẽ de administratis. Quando non administrauit, reddat rationẽ de non administratis, dicens: Quod contrariũ asserentes, sint simplices, & male dicant, licet iura tam adducta non alleget, sed ea praesupponat, quum lex sit certa, & semper loquatur. *l. Arrian. C. de haere. & Manich.* & nemo vnquam Doctorum eũ in hoc reprehendit, sicut nec reprehendere potuit, nisi quod nouarum phantasiarũ iactator temere reprehendit. Et tutor, siue curator creatus vel datus, ante omnia tenetur conficere legitimum inuentarium. *l. Tutores. C. de administ. tut. & l. fin. cum simil. C. Arbit. tut.* Et quod contra tutorem vel curatorem, ob non confectum inuentarium, quondam pupillus vel adultus debeat admitti ad iurandum in litem, quod, quod scilicet ipsius pupilli interest, non esse confectum Inuentarium. *l. Tutor qui repertorium. ff. de admi. tut.* Sequitur ineuitabiliter, quod etiam contra tutorem vel curatorem datum, non gerentem, nec administrantem, nec legitime se excusantem, nec conficientem inuentarium, quondam pupillus vel adultus debeat admitti ad iurandum in litem, quatenus sc. eius interest, res & bona sua fuisse & esse neglecta, non minus quam si gessisset; imo magis, ex quo omnino neglexerit res pupilli, eos non administrando, quod tamen ei incumbebat ex necessitate officii sui, à quo se legitime non excusauit, quod quidem officium tutoris, non solum necessarium, sed & publicum est. *§. 1. ibi, Nam & tutelam. Institu. de excus. tuto.* Nam † licet sit generale, quod grauius quis delinquat faciendo, quam omittendo, *secundum gloss. in l. Si mora, & ibi Doct. ff. so. ma. matrim.* tamen illa Regula fallere videtur, quando quis omittit ea, quae ex eius officio necessario & publico facienda incumbunt, quia tunc plus videtur delinquere, & puniri debere, quam si fecerit ea, sed male, siue iniuste, per text. in l. fin. ff. de var. & extraord. cognitio. iun. l. Sancimus. C. de iud. Nam in d. l. fin. deciditur, quod Iudex male iudicando, & ita delinquens in faciendo, punitur solum in quantũ Iudici aequum visum fuerit, & tamen in d. l. Sancimus, in fi. habetur, quod iudex qui omittat condemnare vt debuit, & ita qui delinquit in omittendo, seu negligendo, punitur in solidum ad totale interesse. Dicit enim ibi text. in fin. Quod si haec praetermiserint, ex sua substantia huiusmodi

detrimẽ-

detrimentum læsis resarcire compellentur. Per quem textum dicit ibi expresse Angel. Perus. in versic. Vltima nota, quod plus punitur Iudex, qui omittit condemnare vbi debet, quam vbi condemnat, vbi non debet. Et subiungit: Vbi vero condemnationem debitam omittit, quandoque in solidum punitur pecunialiter ex hac l. quandoque criminaliter; vt in l. Mancipia. C. de ser. fug. & ad hoc notant etiam illum text. Paul. de Cast. & D. Ias. 18 ibi, † licet quandoq; æqualiter punitur negligens facere officium & male administrans, vt est text. in l. penult. C. de cano. larg. lib. 10. vbi pari pœna punitur officialis, qui non inhibet extorsiones illicitas, & sic qui negligit, sicut punitur officialis, qui eas facit. Quare etiam tutor, cui ex officio suo publico incumbit negotia pupilli sui diligenter & fideliter administrare & eam diligentiam in ea administratione adhibere, quam in rebus suis propriis adhibet *d. l. 1. post prin. ff. de tutel. & ratio. distrahen.* si ea administrare neglexerit & non gesserit, magis delinquit, & grauius vel saltem æqualiter puniri debet, quam si gesserit, & etiam male, & per consequens, quod fortius, vel æqualiter contra eum debeat admitti iuramentum in litem, quantum scilicet interfit pupilli quondam sui bona siue res neglexisse, siue non gessisse. Ideo etiam contra aperta iura patificantia, quo ad reddendam rationem tutelæ siue curæ, tutorem gerentem, & non gerentem, in nulla gl. nec approbato Doctore contrarium reperitur.

Nec in minimo prædictis refragantur leges, quas Aduocatus partis aduersæ collegit ex Bald. in Authent. Eisdem pœnis, *in vltim. col. vers. Modo pone. quod mater.* C. de secund. nupt. *scilicet l. Tibaris. §. Splendophorus. ff. de fideicom. liberta. l. Si quis ita. §. Si duo. & l. Libertate. §. 1. ff. de statu. lib.* Nam in d. §. Splendophorus, legatum libertatis, quod est multum fauorabile, relictum à testatore seruo suo Splendophoro, cum filia sua in familia sua nupserit, sub conditione, si rationes pro sua futura administratione filiæ suæ redderet, valet, licet Splendophorus non gesserit, quum res filiæ administrare nõ potuerit, quia ipsa, vt dicit ibi textus, impubes, & ita ante tempus pubertatis viuo adhuc patrefamilias decessit. Sed in proposito nostro potuit & debuit Reus ex officio sibi iniuncto gerere, & non gessit. Ergo, &c. Et textus in dict. §. Si duo, præcise facit contra Reum. Nam ibi duobus seruis libertas erat, sub conditione à Domino relicta, vt patet ex ablatiuis absolute positis, scilicet rationibus redditis, id est, si rationes reddiderint, & inter cætera deciditur ibi, quod si actus eorum communiter gestus, ita fuerit immixtus, quod separari non potuerit, quod necessario alter cessando alterius impediet libertatem, nec videbitur conditio in persona alterius impleta, nisi id, quod computatione rationum habita, reliquum fuerit, aut vterq;, aut alter in solidum soluerit. Si ergo scilicet cessatio vnius, alterius libertatem, quę tamẽ est maxime fauorabilis, impedit. Quanto magis tutor datus, & legitime non excusatus, non gerens, qui tamen gerere debuit, ac potuit, actione tutelæ, quanti scilicet pupilli interest, tenetur, quod non aliter, quam per iuramentum in litem propter dolum saltem à iure præsumptum, ob non gestionem tutoris, &c. liquidabitur.

Nec aliquid facit textus in leg. Libertate. §. 1. dum dicit: Seruus iussus reddita ratione, ad libertatem peruenire, licet nullam administrationem administrauerit, nihilominus erit liber, quia, vt dicit ibi gl. quod ibi fuit falsa demonstratio, ideo secundum eam non vitiat. leg. Demonstratio, vel melius, vt dicit ibi Oldra. quem refert & sequitur Benedictus de Plumb. quod in casu d. §. Si duo, nihil gestum fuit, quia res erat ita composita, quod administratione non eguit. *Allegat ad hoc l. Qui tutor, qui pupilli negocia. ff. de administrat. tuto.*

Ex quibus iam patet solutio ad Baldum, in d. Authen. Eisdem pœnis. vers. Modo pone mater, qui loquitur de matre, quæ vna die suscepit, & alia statim deposuit tutelam, & tamen postea administrare non potuit, vt ibi per eum. Et quid opus est hic multis verbis; quum legibus, luce meridiana clarioribus ostensum & demonstratum sit, & possum dicere vt Dialectici, Demonstratione propter quid, & potissimum quod tutor non gerens, pariformiter actione tutelæ teneatur, vt tutor gerens, imo magis ad reddendam scilicet rationem, quum magis interfit isto casu pupilli, quam si gessisset. Præterea non sumus hic in casu, in quo tutor nihil gessit, quum Reus in productis suis ingenue fateatur, se contractus & quietantias nomine pupillæ suæ fecisse, quum gessisse intelligatur, etiamsi modicum attigit. *d. l. Ita autem. §. Gessisse.* Imo etiam is gessisse tutelam creditur, qui solum satis cum contutore accepit rem pupilli saluam fore, *vt est textus in l. Tres tutores pupillo. §. Non solum. ff. de administrat. tutor.* Quare Reus de gestis, & non gestis tenetur Actrici, quantum scilicet interest eius quod non gesserit, & quod non mox confecerit legitimum Inuentarium rerum pupilli quondam eius, quod quidem interesse per iuramentum in litem propter dolum eius saltem à iure præsumptum, vel saltẽ latam culpam in actione tutelæ liquidabitur & æstimabitur. Sicut etiam vult Bartolus in d. l. Tuto. qui repertorium, licet corruptus sit. Quia dicit in penult. col. versic. Venio ad tertiam particulam, quod l. in actionibus. ff. de in litem iuran. quod pro dolo vero vel præsumpto iuretur in litem, *per d. l. Tutor, qui repertorium.* Codices aliqui habent, non pro dolo præsumpto, quod tamen stare non potest, *quod etiam patet ex Socy. vbi refert verba Bar. in Consil. 213. circa fin. 2. col. vers. Cum ergo dictus Ioan. in 3. parte.*

Ex quibus iam patet, plus quam inaduertenter dictũ Specu. in titu. de acto. ab vniuers. versic. Puberes. Bald. in Cons. 146. in 6. parte. & Cor. Consil. 81. in 4. volum. quod scilicet curator datus ad autorizandum diuisionem, non teneretur facere Inuentarium, &c. Quia casus noster plus quam diuersus & separatus est à casu, in quo præfati Doctores loquuntur, quum Reus post finitam tutelam matris & fratris Dominæ Annæ Actricis, vt ipsemet fatetur, fuerit ab insigni Consulatu vrbis F. ei datus & constitutus tutor generalis, & non ad illum vel alium Articulum tantum, sed vniuersaliter. Quare ex huiusmodi & similibus frascis omnino separatis à casu nostro, non reuertentur iura nostra rotunda, supra adducta, & ex separatis & omnino diuersis non fit bona illatio. *l. fin. ff. de calum.*

THEMA CONSILII LII.

Vtrum in probanda consuetudine, quod scilicet bona mariti vel vxoris prædefuncti sine liberis, pertineant ad superstitem, sufficiat testes deponere de actibus, vbi bona defuncti remanserint apud superstitem, vel requiratur quod etiam deponant, defunctum ab intestato decessisse.

SVMMARIA.

1 *Quilibet iuris præsumptione intelligitur decessisse ab intestato, nisi contrarium probetur.*
2 *Clausula non astringens quid operetur.*
3 *Modus probandi negatiuam.*
4 *Præsumitur quis decessisse sine liberis. Item sine pactis dotalibus.*

5 *Intellectus l. Si emancipati. C. de colla.*
6 *Negatiua, in qua consistit fundamentum intentionis, debet probari.*
7 *Probatio debet necessario concludere: & vbi necessario non concludit, semper interpretatur contra producentem.*
8 *Probatio nunquam concludit per possibile, sed debet concludere per necesse.*
9 *Allegantı quem decessisse ab intestato, incumbit onus probandi, quando non est præsumptio pro allegante.*

CONSILIVM LII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Quamuis præsentis causæ fundamenta, in actis, & maxime in Consilio à me Hieron. Schurpff, Iuris Doctore, &c. super actis primæ instantiæ facto, satis clare sint deducta, atque ex iis clarissime liqueat, Ream exceptionem peremptoriam prætensæ consuetudinis, sufficienter non probasse, non obstante longa & impertinenti informatione Collegii H. cuius ratione iudicas, à quibus moti sint ad proferendam sentẽtiam iniustam, absoluendo scilicet Ream ab intentata actione, petitione scilicet hæreditatis. Quod proculdubio factum non esset, si instructio iuris actorum prædicto Collegio H. vna cum actis esset transmissa. Nam veritas & victoria præsentis causæ dependet ab eo, vtrum scilicet articulata consuetudo per testes in hac causa productos, á Rea sit sufficienter probata, ex illo satis euidenter ostensum est, quod scilicet testes producti, licet aliqui principalem Articulum verum attestentur, non tamen exprimant nec deponant, vtrum personæ condito testamento, vel ab intestato decesserint, ideo non potest dici articulatam consuetudinem sufficiẽter esse probatam, ex quo sequitur, quod cum fundamentum corruat á quo sententia in prima instantia lata, nititur, ipsam quoque sententiam corruere, oporteat.

Et quamuis Actor in prima informatione ista omnia declararit, tamen ex superabundantia breuem hanc iuris informationem voluit superaddere, quo omnia fundamenta consulentium ex aduersa parte, penitus elidantur & tollantur. Nam quum Actor habeat fundatam intentionem de iure communi, necessario pro eo pronunciandum est, nisi Rea articulatam consuetudinem, qua nititur, sufficienter probarit. Et sic veritas istius passus principaliter in præsenti causa dependet ab eo, an personæ Articulatæ præsumantur ab intestato decessisse, vel non. Et Heydelbergenses fecerunt in hoc capitale, & respondent quod pręsumantur decessisse ab intestato, & in effectu quantum attinet ad pręsentẽ causam, nihil aliud, quod aliquem colorem videatur habere, adducunt. Dicunt enim, quod non fuerit necessarium ad probandam articulatam consuetudinem, testes deponere articulatas
1 personas ab intestato decessisse. Quia† quilibet iuris pręsumptione præsumitur intestatus decessisse, nisi ex aduerso probetur contrarium, scilicet quod decesserit testatus, siue cum testamento. *Allegant ad hoc l. Intestatus. ff. de verb. signi. & §. 1. voluerunt allegare in prin. Instit. de hæred. quæ ab intestato defer.*

Sed quia contrarium est in Consilio pro parte Actorum facto, clare ostẽsum, sc. quod in præsenti causa personæ articulatæ, non præsumantur in dubio ab intestato decessisse, quia Actores habẽt iuris præsumptionem pro se, vt ibi copiose adductum est. Ex quo ergo Rea hoc, sc. eos ab intestato decessisse, non probauerit, infero articulatam consuetudinem minime fore & esse probatam.

Nec contra fundamenta nomine Actorum in eorum Consilio adducta aliquid facere potest, si sc. obiiceretur, Ream ex eo duntaxat capite obtinere debere, quod ipsam consuetudinem sufficienter probauerit, etiamsi non docuerit defunctum intestatum decessisse. Et hoc propter salutarem illam clausulam, in vltimis verbis Articulorum repertam, videlicet non astringens se ad probandum non necessaria, sed ad ea tantum, quę sufficiunt ad victoriam obtinendam. Quæ quidem clausula operatur,† quod quis non astringitur ad probandũ, quod non 2
est necessarium, *vt not. Bar. in l. Diuus. ff. de re iud. Antho. de Butr. in c. Exhibita, de iud. Ang. & Paul. de Castr. in l. Habebat. ff. de insti. actio. cum mul. concor. quæ adduci possent.* Sed in præsenti causa non fuerit necessarium prodere, defunctum intestatũ decessisse, si nullus hæres ex testamento extiterit; *vt docet Imperator, Instit. de hæred. quæ ab intestato defer. in princip.* & quod sic videatur probari, quem decessisse intestatum, eo ipso, quod non probatur contrarium. *per glo. in l. Super seruis. Cod. Qui milita non poss. lib. 12. & l. 1. Cod qui testa. fac. non poss.* Et ita quod singularis opinio Lud. Ro. in l. Si emanc. C. de collat. non habeat locum, nec subsistere possit propter doctrinam Bar. traditam in l. Is qui potest, in penult. col. ff. de acqu. hære. *per nota. gl. in l. Cum de leg. ff. de probat. & quod not. Alex. de Imo. in l. Is qui potest, ad fin.* Licet enim alias quando negatiua sit fundamentum intẽtionis alicuius, teneatur ille eam probare, qui se ex hoc fundat, *l. Hoc iure, cum simil. ff. de verb. oblig.* Sed quod in casu nostro, quando scilicet quis dicit, quem intestatum decessisse, habeat fundatam intentionem, per doctrinam d. glo. & quod in simili tradit Ange.† modum probandi negatiuam, scilicet nullos 3
creditores esse in hæreditate, vt scilicet is, qui vult dicere contrarium, probet. *in l. Mutuum. §. 1. ff. de acq. hæred.* Sic quoque Bart. in l. Si constante. in prin. in 1. quæst. 1. partis prin. ff. Solut. matr. tradit modum probandi illam negatiuam, scilicet viri facultates ad dotis exactionem non sufficere, & in simili Bart. in l. Confirmantur. §. Codicilli, in fi. ff. de iure Codicil. tradit modum probandi negatiuam, plures testes non esse repertos in iure. Idem Bartol. in l. fi. §. Licentia danda. C. de iure delibe. docet in simili plura bona non esse in hęreditate, & quod hunc modum approbet Lud. Rom. sibi ipsi contrarius in Cons. 276. *incip. Visis dicti propositi Thematibus, in vlt. colum.* vbi magni facit doctrinam gl. in d. l. Cum de lege, *quem etiam sequuntur Ang. & Imo. in l. Cum ex causa ff. de re iud. idem Imo. in l. Mutuum. §. 1. & Doct. in a in locis,* & quod per consequens, non sit recedendum ab ea, tam in cõcludendo, quam in iudicando, & quod pro ea faciat bo. text. in l. Si is. ff. de testa. vbi ista negatiua, quod testator non voluerit alios nuncupare hæredes, quam primos, probatur per hunc modum: Dico, quod testator tales primos nuncupauerit hæredes, & quod non voluerit alios nuncupare, qui vult dicere cõtrarium, probet. Ita dicit ibi text. in verbo, Si constaret, voluisse plures hæredes pronunciare, & quod illum tex. ad hoc allegauerit pro singulari ipse Ludo. in d. l. Si constante, in princip. & quod Dominus Ias. in d. l. Is potest, concludat cum Barto. ibi, & quod sic approbet communem opinionem, hoc addico, si præsumptio sit pro allegante, quem decessisse intestatum, quod tunc onus probandi contrarium transferatur in aduersarium, & quod certum esset in præsenti casu præsumptionem iuris esse pro Rea, ex eo quod nullus hæres extiterit, qui ex testamento appetierit hæreditatem defuncti, inquit namque Paulus Iureconsultus, in dict. l. Intestatus: Intestatus est non tantum, qui testamentum non fecit, sed etiam cuius hæreditas ex testamento adita non est. *Quod & approbat Imp. in princip. Instit. de hæred. quæ ab intesta. defe.* & quod ita satis superque resolutum principale fundamentum, pro Actorib. per me in meo Consilio deductum, & quod reliqua allegata, pro agentibus, ac si probatum non

esset,

bisset, defunctum sine liberis, & pactis dotalibus decessis-
4 se, essent lenia, † cum de iure quis præsumatur decessisse sine liberis, & quod is, qui contrarium dicit, habeat necesse illud probare. *l. ex facto. §. si quis autem. in fi. ff. ad Trebell. Et quod ita decidit ibi Bart. & Ang. & quod ita consuluit Alex. de Imo. in cons. 29. incip. viso themate, in 2. vol.* & quod hoc in casu nostro appareat ex eo, vbi agnati ab intestato petunt se admitti ad hæreditatem defuncti. Ideo sequitur defunctum intestatum, & sine liberis decessisse, vt apparet ex instituta Actione. Nam extantibus liberis, vel testamento aliquo, agnati ab intestato de iure agere non potuissent, & quod illa confessio releuatet Ream ab onere probandi, dato, quod ipsa alias fuisset obligata singula in exceptione deducta copulatiue probare, cum non sit efficacior probatio, quam confessio aduersarii *l. cum te transegisse. C. de transact.* & quod ita etiam dicendum sit ad ea, quæ ad illum effectum deducta sunt: scilicet, quod non fuerit probatum defunctum absq; pactis dotalibus decessisse: cum etiam in eo puncto habeat Rea pro se præsumptionem iuris, videlicet, nullam esse factam conuentionem inter eam, & defunctum maritum: qui ergo allegat conuentionem, aut aliquod pactum, tenetur illud probare, *per l. qui cum tutoribus. §. fin. ff. de transact.*

Nam istis & quibuscunque aliis non obstantibus, videtur firmum, & inuictum stare, videlicet, quod in præsenti casu Reæ alleganti personas articulatas decessisse intestatas, incumbat onus probandi hoc, & non actoribus contrarium, & ita quod doctrinæ glo. in d. l. cum de lege, non habeant hic locum, quo quidem capitali sublato, patet partes Iudicis nullas alias esse, quam pronunciare pro Actoribus. Nam text. in d. l. si emancipati, ibi, nec vllum testamentum relictum, iuncto verbo principali, interposito, scilicet probatum fuerit, prout ibi expresse notat ad hoc illum text. Ludo. Roma. C. de collatio. expresse probat hoc, prout copiose deductum est in 1. Consilio pro agentibus. Nec valet ista euersio quorundam Moder. dicentium, quod illa relatio non debeat fieri ad verbum, nec vllum Testamentum relictum, quia post illa verba, nec vllum testamentum relictum, subaudiatur Est. Nam ista subauditio, vt patet, continet manifestam diuinationem: *& ita dicit in specie Philip. Dec. in d. l. si emancipati, in 2. colum. versic. Secundo nota ibi, nec vllum testamentum.* Et dicit Deci. vbi supra dicat, quod alia ratione argumentum Ludon. euitari possit, & quod huiusmodi subauditio non sit necessaria, & hoc propter verbum Fuerit, quod præcedit, & determinare possit prædicta verba, quæ sequuntur hoc modo: Nec vllum testamentum relictum fuerit. Tamen illa solutio sine determinatio, nullo modo stare potest, quia illud verbum Fuerit, quod præcedit illa verba: Nec vllum testamentum solum refertur ad præcedentia.

Sin autem frater tuus in potestate patris mortis tempore, & sequitur, fuerit, & postea sequitur ista alternatiua, scilicet, nec vllum testamentum relictum, vel vltimū iudicium communis patris, neque emancipatum, sub vno contextu verborum, & vna determinatione, scilicet probatum fuerit, & sic esset maior diuinatio dicenda, quam præcedens verbum, Fuerit, referatur ad sequentia, scilicet, nec vllum testamentum, &c. quam quod post dicta verba: Nec vllum testamentum relictum, subaudiretur ly. est, & licet Bar. in d. l. is potest, *in penult. colum. versic. quinto dicit, cum princ. seq.* videatur velle contrarium, scilicet, quod sufficiat allegare quem decessisse sine testamento, & qui vult dicere contrarium, probet, *per not. in d. l. cum de lege. ff. de probat. licet corrupte allegat. l. cum probato & cum videtur sequi Alex. de Imo. in d. l. si emancipati, in 3. notab.* Tamen Bar. hoc ibi non simpliciter dicit, nec Alex. eum recte allegat; Sed loquitur expresse, quando is qui dicit aliquem decessisse ab intestato, vel sine testamento, habeat communem opinionem pro se, quia tunc videtur habere fundatam intentionem pro se. & sic Bart. in d. l. is potest, videtur sentire cum Ludo. Roma. scilicet, quod alleganti quem decessisse ab intestato, incumbat onus probandi hoc, nisi allegans habeat communem opinionem pro se, & sic videtur Bart. ibi ponere regulam, scilicet, quod alleganti quem decessisse ab intestato, incumbat onus probandi, aduersario hoc negante, & † ita probat text. ineuitabili- 5
ter, in d. l. si emancipati, non diuinando, nec subaudiendo, ad text. ibi, & quod ab ille regula excipiatur, & ita, quod non procedat dicta regula, quando communis opinio est pro allegante, quod quis decessit intestatus. Et licet pro Bart. contra Ludo. Roman. videatur facere, secundum Moder. Quia quod aliquis fecerit testamentum, est facti, & facta non præsumuntur, nisi probentur. *l. in bello. §. facta. ff. de capt. & postli. reuers.* quasi velint, quod is qui dicit factum fuisse testamentum, teneatur illud probare. Ergo ille, qui dicit testamentum factum non fuisse, non tenetur probare. Sed Philip. Deci. in d. l. si emancipati, *in 2. colum. vers. secundo nota.* dicit istam rationem non valere. Quia bene verum est, quod ille qui dicit aliquem fecisse testamentum, tenetur probare: Sed per hoc non sequitur, quod ille, qui dicit aliquem non fecisse testamentum, habeat fundatam intentionem, ita quod non teneatur probare, quia etiam negatiua, in qua consistit fundamentum intentionis, probari debet, *vt not. Innoc. in c. super his, de accusat. Bar. in l. in illa stipulatione. ff. de verb. obl. in l. 2. C. de iur. emphy. facit tex. in l. si maiores ff. de resti. in integ.* Vnde sicut ille, qui dicit factum fuisse testamentum, probare tenetur: Ita eodem modo ille, qui dicit factum non fuisse testamentum, cum hoc sit fundamentum intentionis, probare debet. Et infert ibi Deci. dicens. Et sic videtur verior opinio Ludo. per istam rationem Imo. D. Ias. in d. l. is potest, *ad fi. pen. col. vers. in ea gl. cum prin. vltima,* in effectu transit cum Ludo Roma. & quantum subiicit, quod Bar. non simpliciter loquatur prout referat Alex. sed loquatur expresse, quando est communis opinio, quod testamentum non fecerit, quod tunc sit bene fundata intanto allegantis intestatum quem decessisse. Et licet D. Ias. postea adducat rationem prædictam pro contraria opinione. Nam quod aliquis fecerit testamentū, est facti, facta autē non præsumuntur, &c.

Tamen illa ratio in nullo obstat, quia iam responsum est ad eam, post Philip. Deci. in d. l. si emancipati, & cum Ludo. D. Ias. ibi finaliter transire videtur, vt etiam colligitur ex illis verbis, nisi dicas. Per quæ iam patet, quod illa opinio, quæ habet, quod alleganti quem decessisse intestatum, vel sine testamento, incumbat onus probandi hoc, cum sit fundamentum suæ intentionis, non sit singularis Lud. tantum, sed quod Bar. velit idem in d. l. is potest, nisi in casu dictæ fallen. quando scilicet communis opinio esset pro allegante, quem non fecisse testamentum, & quod eum sequitur expresse Decius, & in effectu D. Ias. Imo etiam Alexand. de Imol. in d. l. si emancipati, in quantum remittit se ad nota. per Bartol. in d. l. is potest, &c. Per quæ iam patet, quod in proposito nostro præcise vendicet sibi locum Regula, quæ habet, † quod 6
quilibet tenetur probare id, quod est fundamentum suæ intentionis, siue consistat in affirmatiua, siue in negatiua, *l. in exceptionibus. l. ei incumbit ff. de probatio. l. Quintus. ff. de donat. inter virum & vxor. Lotiam. Cod. eodem titul. cum concor. adductu in 1. Consil.* Nec in præsentiarum obstat gloss. in d. l. cum de lege, scilicet, quod eo ipso probetur negatiua;

quod contrarium non probetur, & sic eo ipso quod quis dicit, quem intestatum decessisse, & sic sine testamento, hoc mihi præsumptione probetur, donec ex aduerso cõtrarium doceatur, & quod per dictam doctrinam DD. in locis sup. alleg. & in aliis tradunt modũ probandi negatiuam, hoc modo, &c. Nam respondetur, quod iste modus probandi negatiuam non valet, & ad hoc facit regula,
7 quæ habet, † quod probatio debet necessario concludere, alias non probat. *l. non hoc. vbi glo. C. vnde legit. c. in præsentia. de probat.* & hoc pro tanto procedit, quod vbicunq; probatio necessario non concludit, semper interpretetur contra producentem, *secundum glo. in d. c. in præsentia.* In notabili inquit Bal. in d. ad probationem, la 2. C. de proba-
8 tio. † quod probatio nunquam concludit per possibile, sed debet concludere per necesse, vel probabile. Sed iste modus probandi negatiuam necessario non concludit. Ergo non valet; & ita in specie illum modum probandi reprobat Ioan. de Imo. in d. l. si constante, *in prin. in 4. colu. vers. Item adde hu, quæ tangit Bart. post Iac. de Butr. in l. Actor. C. de probatio.* vbi videtur dicere, quod illa probatio non concludat, quia non sequitur, mulier asserit tot bona esse; Ergo non sunt plura. Ita etiam non concludit, quis dicit, quem decessisse intestatum; Ergo nõ fecit testamentum. Et respondet Imo. ibi ad d. l. cum de lege, cum ibi notat. quod scilicet ibi non erat quæstio inter partes, an plura bona essent, sed solum de valore rerum. Quasi diceret, si alias esset quæstio de quantitate bonorum, non sufficeret illa assertio. Et subiungit Imo. ad intellectum istius legis, cum de lege, quod loquatur in hærede volenti vti lege Falcid. quod scilicet, si hæres fecerit Inuentarium, præsumptio est pro ipso. Ideo volens dicere plura bona esse, debet hoc probare, cum præsumptio transferat onus probandi in alium. *l. siue possidetis. C. de probatio. & quod sic loquatur d. l. fin. §. licentia. C. de iure delibe. & eundem modum probandi reprobat etiam Lud. Roma. in d. l. si constante. in prin.* & etiam Paul. de Cast. in l. Meuia. §. Sin. *in fin. 1. colum. versic. Item ponamus, quod mulier. cum princi. sequ.* ff. solut. matr. dicens: Quod si mulier agat hypothecaria contra emptorem bonorũ, ille excipiat de renunciatione hypothecæ, mulier replicet, quod nõ habuit, quia illa erant vltima bona: emptor negat, & dicit, quod erant alia sufficientia, & sic voluit; Quærunt cui incumbat onus probandi, an mulieri, quod alia non essent, vel emptori, quod alia bona essent: & videtur hoc secundum verius, per l. cum de lege, cum ibi not. ff. de probatio. Tamen Paul. de Castr. ibi dixit contrarium, quod scilicet mulieri incumbat onus probandi, videlicet, alia bona non esse, & quod non obstet d. l. cum de lege, cum ibi notat. quia ibi loquitur, quando negans est Reus, hic autem mulier negans est Actrix, & sic debet probare negatiuam, in qua se fundat, *iuxta nota. in l. hoc iure. de verborum obligatio.* cum intentio Rei sit fundata ex renunciatione mulieris, & sic aperte vult ibi Paul. quod quando intentio Actoris, vel Rei est fundata, quod si aduersarius velit intentionem huiusmodi per negationem eius elidere, quod teneatur eam probare. Et sic concludunt Ioan. de Imo. & Moder. in d. l. si constante, in princ. quod illa doctrina probandi negatiuam solum procedat, quando est præsumptio pro asserente, vel obligante, &c. *vt ex d. §. licentia.* propter scilicet confectionem Inuentarii, *& ad hoc facit d. l. si is qui. ff. de testam.* & quod alias ista probatio negatiua non valet, nec est sufficiens. *Ita etiam aperte decidit post Imo. & DD. vbi supra, D. Ias. in d. l. fin. §. licentia. in fine notab. expresse inserens.* Et secundum hanc limitationem, puta aliquas ex decisionibus supra relatis esse veras, aliquas non, & sic patet esse veram illam decisio-
9 nem, † quod alleganti quem intestatum decessisse, incumbat onus probandi, quando scilicet non est præsumptio pro allegante. Nec aliquid in contrarium faciunt d. l. intestatus, in princ. Institut. de hæred. quæ ab intestat. Licet enim dicta iura dicant, quod intestatus est non tantum, qui testamentum non fecit, sed etiam cuius hæreditas ex testamento non est adita, &c. Tamen, vt ex prædictis patet, non sequitur, quod si Actor fundatam intentionem habuerit de iure communi, quod scilicet hæreditas petita, sit ei ab intestato delata; & Reus excipiendo dicat hæreditatem ad eum non fore delatam ab intestato, sed ad se, vigore consuetudinis ab intestato, quod nõ habeat necesse probare, quod in istis Actibus, quibus dicit consuetudinem contra ius commune inductam, scilicet, quod defunctus sine liberis non transmittat hæreditatem suam ab intestato ad agnatos, vel cognatos proximiores, &c. personæ defunctæ ab intestato decesserint & sic sine testamento. Quia Actor habet intentionem fundatam, ideo Reus, qui excipiendo fit Actor; fundata scilicet intentione Actoris, tenetur suam exceptionem probare, *l. 1. ff. de exceptio.* Nunc ad propositum redeundo Actores in præsentiarum instituerunt petitionem hæreditatis contra Ream, dicendo maritum eius, ex quo decesserit sine liberis, detulisse eis tanquam sororibus, & proximioribus agnatis, hæreditatem eius ab intestato, & sic agentes nedum habent iuris præsumptionem, sed apertum ius commune, & ita fundatam intentionem de iure communi, pro se, quo cauetur, quod defuncto aliquo sine descendentibus, & ascendentibus, hæreditas eius deferatur ab intestato fratribus, & sororibus, & eorum filiis, &c. *Authentica, Cessante, cum similibus. Cod. de leg. hæred.*

Ergo Rea contra illam intentionem agentium, & de iure cõmuni fundatam excipiendo scilicet, & dicendo, quod maritus eius ab intestato, sine liberis decedens vigore prætensæ consuetudinis in vrbe Hamel. inducto, quæ scilicet habeat, quod coniunx superstes succedat ab intestato defuncto sine liberis; detinuerit hæreditatem suam ad se exclusis agentibus, tenebatur probare fundamentum suæ exceptionis, in qua scilicet est facta Actrix, scilicet, quod personæ de quibus in Articulis specificatiuis, sine liberis ab intestato, & ita non condito testamento decesserint. Quia alias non potuisset, vt constat, consuetudine induci, quod coniunx superstes succedat defuncto sine liberis ab intestato, nisi semper prædefunctæ decesserint sine testamento. Et sic falsius falso est, quod in præsenti casu præsumptio iuris sit pro Rea, ex quo nullus existit hæres ex testamento, qui ex testamento appetit hæreditatem defuncti, &c. Quia vt claret, & adductum est, ex quo agentes habent intentionem suam fundatam, quod scilicet defunctus hæreditatem suam ad se, tanquã proximiores agnatos eius, ex quo non apparet testamentum, nec hæres ex aliquo testamento, ab intestato deuoluerit aduersaria, debuit illam intentionem etiam perimere, quam tamen non peremit, cum defecerit in probatione suæ exceptionis peremptoriæ, cum non probauerit personas articulatas decessisse ab intestato. Ideo ipsa se ex confessione Actorum, non potest iuuare, quia ipsi habent fundatam intentionem. Nam certius certo est, quod consuetudo articulata non potuisset de iure induci, nisi superstites coniuges ad inducendam consuetudinem contra ius commune requisito, semper & sine interruptione successerunt prædefunctis sine liberis ab intestato, nisi huiusmodi personæ decesserũt semper sine testamento, & ita ab intestato. Sed quia hoc non est vno teste probatum, ideo ex quo Rea hoc non probauit, præsumptio contra eam est, quod tales personæ

speci-

specificatæ decesserunt cum testaméto, vel pactis dotalibus. Cum proximiores agnati in casibus articularis etiam habuerint præsumptionem iuris pro se, imo fundatam intentionem de iure scilicet, quod eis fuerit delata hæreditas ab intestato. Et per hoc iam patet resolutio, & veritas adductorum in meo 1. Consilio. Cum ergo inuictum, & firmum stet, & maneat, quod contra Ream sit iuris præsumptio, scilicet, quod personæ specificatæ non decesserint ab intestato, &c. Et per consequens, quod erit necessarium hoc probare. & tamen non probauit: Sequitur, quod omnia allegata supra adducta de clausula salutari, scilicet non astringens se ad probandum non necessaria, tanquam super falso præsupposito inutiliter adducta sunt. Cum ergo capitale Reæ corruat, quod scilicet personæ specificatæ decesserint ab intestato: Sequitur, quod intentio agentium de iure communi fundata ope exceptionis consuetudinis peremptoria opposita, minime tamen probata, non sit elisa, vel perempta. Et per consequens, quod debeat pronunciari, prout in libello petitum est, & sic male iudicatum, & bene appellatum. Et ita quod hic non sit insistendum, an conuentiones vel pacta dotalitia præsumantur, nec ne: cum habeant Actores intentionem fundatam, & non elisam. Per quæ iam patet, salua pace, male, & minus docte per collegium H. consultum esse, cum omnia eorum allegata hincinde collecta, sint super ruinoso & inualido fundamento posita, scilicet, quod Rea probauerit consuetudinem articulatam, non obstante, quod non probauerit personas articulatas ab intestato decessisse. In quo tamen, maxime in præsenti causa, iterum salua pace etiam in iure defecerint, vt ex adductis claret. Ideo congrue possit eis obiici: Optimi viri, multa bona dicitis, sed nihil ad propositum, quia deficit in principali, & præsupposito, quare habet locum contra præfatos dominos c. cum Paulus. 1. quæ. 1. &c.

THEMA CONSILII LIII.

Vtrum vasallus possit compromittere de re feudali in arbitros sine cõsensu domini directi: Et determinatur quod non, nisi ex compromisso nullum damnum generetur ipsi domino, vt quia lis vertitur inter duos vasallos, rem feudalem ab eodem domino recognoscentes, vel quando possessio non transfertur per Laudum in alium, ipsum dominum non recognoscentem.

Secundo, Si in compromisso appositus est terminus, quando debeat proferri sententia siue Laudum arbitrorum, & vnus ex litigantibus impedit, quo minus in termino possit pronunciari, compromissum non intelligitur finitum, vel exspirasse.

Tertio, Si vnus ex litigatoribus impetrat rescriptum à superiori, per quod causæ definitio impediatur vel reuocetur, si appareat, vel constat huiusmodi rescriptum surreptitie vel obreptitie obtentum, in effectu est nullum, & nihil operatur.

Quarto, Vtrum inuictissimus Imperator, vigore promissionum, & pactorum princip. sacri Romani Imperii in ingressu Imperii factorum, &c. obligatus sit, ad contenta in illis pactis. Et vtrum potuerit de iure, etiam ex plenitudine potestatis, propter illa pacta, reuocare causam pendentẽ coram arbitris. Et respondetur, quod ex illis pactis & contractu sit obligatus: & quod propter illam obligationem, etiam ex plenitudine potestatis, non potuerit hanc causam pendentem reuocare.

Quinto, Quando compromissum est factum præstatione fidei, veniens contra compromissum, est periurus. Nec accusatur per auctoritatem superioris, si ipse procurauit illam auctoritatem interponi.

SVMMARIA.

1 *Omnis alienatio hodie vasallo est prohibita, & etiam omnis machinatio, per quam possit perueniri ad alienationem.*
2 *Vna via prohibita, alia non debet concedi.*
3 *Qui non potest rem alienare, non potest de ea facere cõpromissum.*
4 *Quando ambo vasalli litigantes prætendunt eundem dominum: tunc quia de præiudicio domini non agitur, possunt de feudo cõpromittere.*
5 *Vasallus potest transigere super feudo, quando feudum retinet, & possessio non transfertur.*
6 *Tutores, Curatores, & Administratores possunt super rebus immobilibus interponere transactiones, quando possessio rerum nõ transfertur, sed ipsi eas retinent.*
7 *Compromissa iudicia in omnibus imitantur.*
8 *Literæ obreptitiæ vel surreptitiæ, in effectu non tribuunt Iurisdictionem.*
9 *Imperator vel alius maior Iudex, potest causam pendentem sub inferiore ad se reuocare.*
10 *Quando princeps aliquid facit ex certa scientia, nemo potest illi dicere: Cur ita facis?*
11 *De potestate principis disputare, sacrilegii instar est.*
12 *Princeps non præsumitur velle, quæ sunt contra ius.*
13 *Clausula in rescriptis apposita ex plenitudine potestatis, nõ operatur aliquid contra præsumptam voluntatem principis.*
14 *Exceptio recusationis non potest tolli.*
15 *Princeps in dubio non videtur velle committere causam suspecto.*
16 *Princeps ex suo contractu obligatur.*
17 *Licet princeps non ligetur lege legis, ligatur tamen lege conuentionis.*
18 *Princeps etiam de plenitudine potestatis non potest contrauenire suis contractibus.*
19 *Interpositio fidei æquiparatur Iuramento.*
20 *In omni iuramento intelligitur excepta auctoritas superioris.*
21 *Contraueniens iuramento, auctoritate superioris, non est periurus: nisi ipse procurauerit auctoritatem superioris interponi.*

CONSILIVM LIII.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter visis & ponderatis illis, quæ in facto mihi oblata sunt, in causa ratione compromissi, vertente inter illustrissimos Principes N. & N. ad quæstiones mihi propositas, breuiter de iure respondendum arbitror. Et primo, quod illustrissimus Princeps E. S. de iure potuerit sine consensu Cæsareæ Maiestatis in prænominatos arbitros super feudis B. M. compromittere, est expeditum. Quia licet Andr. de Isern. in c. si inter, in titul. de l. Corrad. super isto articulo; An scilicet vasallus possit compromittere, &c. finaliter videatur concludere, quod non. Quia † cum hodie omnis alienatio 1
sit prohibita vasallo, & omnis machinatio, seu circumuentio, per quam possit deueniri ad alienationem feudi. *cap. imperialem in prin. & §. callidis. de prohib. feu. alien. per Frede.* l. scire oportet. §. si mater alia via, dum inquit text:

Vt non

Vt non alia via hoc, quod voluit testatrix, fiat. ff. de tuto. & curato. dat. ab his, &c. & facit c. † Quod enim vna via 2
prohibetur, non debet alia esse permissum: *& facit cap. cum quid. de reg. iu. in 6.* Sed per compromissum in arbitros, iuncta eorum sententia, siue laudo, posset deueniri ad alienationem feudi. Ergo, &c. Et confirmat hoc, quia cum in d. l. in fin. de prohib. feud. aliena. per Frider. declaretur, quis sit Iudex competens in causa feudali, non fit aliqua mentio de arbitrio. Illam opinionem videntur etiam tenere Canonistæ in c. cum tempore, per text. ibi, de arbit. Quia ibi deciditur, quod Ecclesia exempta, non possit compromittere in præiudicium Papæ, siue Ecclesiæ Romanæ super libertate. Et per hoc infertur, † quod is qui 3
non potest rem alienare, seu libere de ea disponere, non possit etiam super ea compromittere: cum per compromissum posset sequi alienatio. hinc Hostien. per d. c. cum tempore, expresse decidit in sua summa, de feud. in §. quid si arbiter. *versi. sed nunquid vasallus.* quod scilicet vasallus sine consensu Domini non possit super re feudali cōpromittere, licet antea tenuerit contrarium, & ex prædict. Panorm. in d. c. cum tempore. *in fin. 3. columnn. versic. & ex prædictis potest decidi. cum princ. sequ.* tradit regulam: Quod super omnibus, quæ quis potest alienare, possit etiam compromissum facere: in aliis autem quæ alienare non potest, saltem sine certa solennitate, *& ad hoc allegat etiam gloss. Et Bart. in l. nulli. ff. de transact.* & est bonus text. in l. non solum, iuncta glo. in verbo, Dedisti. in fin. ibi scilicet, imo idem. C. de præd. minor. non aliena. vbi habetur: Quod tutor non potest transigere sine autoritate Iudicis, super rebus quas solus alienare non potest, &c. tamen contra-
4 rium, videlicet, † quod quando est contentio inter duos, quorum quilibet dicit feudum suum esse, vasallus possit sine consensu domini super feudo compromittere, cum non agatur de præiudicio domini, *probatur per text. apertum in d. cap. si inter pares. de l. corradi. in c. 1. ibi, vel arbitrum, de iniust. in marit. fact.* Et videtur sine scrupulo, quando quilibet prætendit eundem dominum feudi, *d. c. si inter pares. de l. Corrad.* Licet etiam loquatur, quando prætendunt diuersos, *& d. c. 1. de iniust. in marit. fact.* Quia in isto casu compromissum fit sine præiudicio domini, & probatur per d. c. cum tempore, vbi Ecclesia exempta prohibetur compromittere super priuilegiis, & exemptione, quia hæc tendunt in præiudicium Papæ. & sic innuit secus esse, si non in Papæ præiudicium tenderet. *Ita etiam tenet glo. in d. c. Imperialem. §. fin. & ita per dicta vtra Iac. de Bell. & Nicola. de Neapol. in d. c. si inter pares. & in d. c. 1. Iacob. de Ordizo. in summa sua, in tit. de content. feudi. sub rub. si controuers. est inter vasall.* Aluarot. & Alexand. cum concor. per eos adduct. in d. c. si inter. subiungentes, quod communiter omnes cæteri scribentes in eorum distinctionibus, in hac materia iurisdictionis feudalis, adiiciunt istud membrum, de casu huius c. & similium, vt etiam causa coram arbitro finiatur. Et quod prædallegata cc. remaneant incorrecta, *per d. c. sine. in l. Imperialem. in princ. & §. callidis. & similia iura.* & assignant rationem, quia talis arbiter à iure consuetudinario fuit habitus, & reputatus cognitor, & decisor legitimus in casu suo, & dicunt obseruari.

Et pro hoc etiam adducunt text. in c. si vasal. in tit. si de feud. fuer. contenr. int. dom. &c. vbi vasallus potest agere & conueniri occasione feudi, coram Iudice competente. Et illud c. secundum eos, non est correctum. Cur ergo etiam coram arbitro non posset similiter vasallus agere, & conueniri in casu huius c. & similium. Cum talia arbitria sint reducta ad instar iudiciorum. *l. 1. ff. de arbitr.* & allegant etiam Specul. in tit. de arbitr. §. restat. vers. sed nunquid vasallus, vbi aperte decidit, quod vasallus ad suum, non domini præiudicium, compromittere potest. *per text. in d. c. si inter. & argum. d. c. cum tempore.* Subiicit tamen Specul. quod dominus feudi possit prohibere, ne vasallus compromitteret, *per l. 1. ff. si quis Iudic. non obtemp.* Nec obstat, quod in contrarium adductum est, scilicet, quod is, qui non potest alienare, non potest compromittere; Ideo sublato illo fundamento, communis opinio optime manebit defensata. Nam ad hoc respondetur ex mente Aluarot. & Alexand. in d. § si inter, quod scilicet etiam hodie vasallus possit litigare de feudo coram arbitro, secundum formam text. ibi, & similium, qui quidem text. non corriguntur per iura noua. Nam ex solo compromisso non dicitur nec intelligitur facta alienatio feudi per vasallum, vt videatur fecisse contra dict. ca. Imperialem, in princip. & alias constitutiones prohibentes alienationem feudi fieri sine consensu domini, sed solum quando transfertur possessio in aduersarium ex sententia sine laudo arbitri.

Et sic est sine dubio; quod valet compromissum factum per vasallum super feudo, vt scilicet causa finiatur coram arbitro, licet tale compromissum non possit præiudicare domino feudi, quando scilicet est sententia arbitri, possessio feudi transferretur in alium, qui ipsum nō teneret à domino. Nā ista traditio sola videtur esse Actus, per quem transfertur dominium *l. traditionibus. C. de pactis.* Et per hæc patet, non obstare quod dicunt Panorm. & DD. in d. c. cum tempore. Quia etiam iure cautum est, quod vasallus possit etiam sine consensu Domini super feudo transigere. *dict. c. si vasallus. in 2. respons.* & tamen per transactionem potest sequi alienatio. Quia † super feudo 5
potest fieri per vasallum transactio, quando scilicet feudum remanebit penes vasallum, secus si per transactionem fieret alienatio feudi, vt in alium, quam in vasallum, transferretur feudum, *& ita aperte probatur per tex. in l. nulli. & quæ ibi negant gl. Bar. & DD. ff. de transact.* Item licet ibi decidatur; quod procurator principis, non possit eo inconsulto, super rebus ipsius transigere, nisi occasione talis transactionis, res remaneret apud principem, tunc valeret huiusmodi transactio, *secundum gl. ibi in fi.* Quia tunc faceret rem principis meliorem, & allegat gl. l. 2. §. si rem. ff. de offi. procurato. Cæsar. † Quam gl Bar. ibi, & alii omnes 6
post multa notant ad omnes administratores rerum alienarum; quibus prohibita est alienatio in rebus immobilibus eorum, quorum bona administrant. Nam omnes illæ leges debent intelligi, quādo transigunt super re immobili, dando aduersario eam, aliquo retento, quia prohiberentur.

Sed si retineretur res immobilis per administratorem scilicet, per procuratorem fisci, administratorem Ecclesiæ, tutorem vel curatorem aliquo dato aduersario, ista transactio esset permissa, quia non est, vt dicitur, alienatio, vt ibi post Bartol. latius per DD. Ex quibus omnibus iam concluditur, quod per vasallum super re feudali sine consensu domini, vt arbitrum, compromitti possit, & quod valeat tale compromissum, vt licite coram arbitro litigetur, & causa finiatur, & quod etiam sententia arbitri valeat, si per eam non alienatur feudum, seu transferatur in alium, secus si in alium transferretur, quia non præiudicabit domino. Licet secundum cōmuniter DD. in d. §. si inter, non valeat compromissum in arbitratorem, quia hoc non est iure expressum, sicut in arbitro, nec arbitramenta sunt redacta ad instar Iudiciorum, sicut arbitria.

Secunda pars huius Responsionis videtur probari. Nam ex quo non est probatum tempus in compromisso, nisi quod arbitri tertia Februarii, Anno, &c. 58. in F. compa-

comparere debeant, & à loco nō discedere, nisi prius pronunciauerint in hac causa. Et non stetetit per arbitros, nec principem Electorem, quod nō pronunciarunt, vel laudarunt. Sequitur ipsum compromissum non fore, nec fuisse per lapsum prædicti temporis expiratum, vel finitum, sed adhuc durare: † Cum arbitria sint redacta ad instar Iudiciorum. *d. l. 1. ff. de arbit. l. cum antea. §. fin autem post sententiam. C. de arbitr. l. rem non nouam, ibi, vel qui ex recepto, id est compromisso, quod Iudicium imitatur. C. de iud.* Per quæ iura glo. in d. l. 1. tradit regulam notabilem, quod compromissum in omnibus Iudicia imitatur, tam in principio, quam in medio, quam in fine: Nisi aliud specialiter reperiatur à iure prouisum. Sed in præsentiarum, quando scilicet non est expressa dies in compromisso, quo finiri debeat, non reperitur aliud specialiter à iure dispositum. Ergo ipsum durant tanto tempore, quantum Iudicium, & ista æquiparatio, quam facit d. l. 1. inter compromissum, & Iudicium intelligitur circa processum. Nam ipsum compromissum, est vere contractus, non autem est intelligendū, quod contractus procedat ad instar Iudiciorum. *Ita dicit Bald. in d. l. 1. in fin. in 1. lectu.* & bene facit, quod notat Bald. in Auth. ei qui, *in 2. colum. vers. item quæro, quid si impeditus.* C. de tempor. appell. vbi decidit, quod secundus annus, qui ex causa datur appellanti ad prosequendam & finiendam appellationem *d. Auth. ei qui, & c. ex ratione, de appellatio.* ipso iure non currit ipsi appellanti, si fuerit impeditus facto Iudicis, sed quod illud tempus ipso iure reparet. *l. Item si appellatione, secundum vnum intellectum. C. eodem titu. de temp. appellatio.* Idem dicit esse si fuerit impeditus dolo aduersarii, *per l. petendæ. Cod. de tempo. in integrum restit. mino. l. intra vtile. ff. de mino. l. si cum ipse. ff. de excusa. tuto.* Et fortificantur illa per ea, quæ habentur & notantur in l. arbitrorum, quod scilicet interueniente dolo aduersarii, sententia arbitri ipso iure non faciat pœnam committi. C. de arbit. Quanto fortius propter fraudem commissam impetrando surreptitie & obreptitie, inhibitionem à Cæsar. Maiestate ad impediendum arbitros, ne pronunciarent in causa coram eis vertente, non dicitur compromissum expiratum, nec etiam potestas finita: Quia dolus & fraus nemini patrocinari debent, iuribus vulgar. & bene accedit l. 2. C. eodem tit. vbi dicitur: Quod propter contumaciam vnius ex litigatoribus coram arbitro non comparentis committatur pœna; si ergo isto casu committitur pœna promissa per stipulationem, scilicet in non parendo sententiæ diffinitiuæ; multo minus propter contumaciam vnius partis, in non comparendo in termino præfixo & conuento, finitur compromissum, alias ex sua contumacia reportaret commodum, quod esset absurdum. Et illa confirmantur per text. in d. Auth. Si tamen, & in corpore vnde sumitur, de tempo. appella. & in Cle. Quamdiu, de appella. vbi habetur, quod tempus à iure, vel ab homine ad prosequendam appellationem præfixum, non currat, quamdiu prosecutio eius per compromissum differetur.

Ita videtur à simili, imo à paritate rationis dicendum; quod etiam tempus expresse à compromittentibus præfixum non currat, si partes amicabiliter coram arbitris, vt amicabilibus compositoribus, vel aliis de causis se intromiserunt, quia non potest dari ratio diuersitatis, & vbi est eadem ratio, ibi est & idem ius *l. illud. cum simil. ff. ad l. Aquil.* Per quæ iam videtur probabiliter dicendum, quod istud compromissum nondum sit finitum.

Præterea & tertio, licet difficilis quæstio sit, an rescriptum obreptitie, seu surreptitie, id est, expressa falsitate, vel suppressa veritate à principe impetratum teneat mero iure, vel sit ipso iure nullum. Nam de hoc videntur textus præcise contrarii, & in l. præscriptione, & in l. sed etsi legibus. C. si contra ius, vel vtilitatem, & text. in d. l. præscriptione, habeat duos intellectus etiam præcise contrarios, tamen ad concordandas has opiniones emanauit. c. super literis, de rescript. vbi ius Canonicum, quod plerunque est plenum æquitate, decidit distinguendo, quod si impetrans dolose expresserit mendacium, vel tacuerit veritatem, quod tunc rescriptum sit ipso iure nullum, & quod nullam penitus tribuat iurisdictionem, & sic procedit d. l. præscriptione, secundum intellectum Placen. secundum quem hoc dicit in summa. Si rescriptum impetrationis Iudicis est surreptitium propter aliquam falsitatem expressam, vel propter aliquam tacitam, ex tali rescripto nulla tribuitur iurisdictio de delegato, ideo causa debet cognosci per Iudicem competentem, qui debet sequi veritatem, sicut in proposito sunt arbitri Iudices competentes, ex quo in ista causa iure permittente in eos compromissum fuit, & concordat d. l. Et si legibus, vbi dicitur: Quod rescriptum per mendacium impetratum, etiamsi non sit iuri contrarium, tamen non valeat, & mendax puniatur; si in eo improbitas, id est, dolus inueniatur.

Si vero simplicitate, vel ignorantia, & tunc subdistinguitur ibi: Aut fuit expressum, vel tacitum tale quid, quod si nō fuisset expressum, vel tacitum, impetrans rescriptum nihilominus obtinuisset, & tunc valeat rescriptum, & ex eo tribuatur iurisdictio in effectu, quia Iudex delegatus poterit procedere in causa, tamen secundum veritatem, & non secundum tacita vel expressa d. l. præscriptione, secundum intellectum Athe. vel Ioan. Si autem fuit expressum tale mendacium, vel tacitum, vel talis veritas, quod vel quæ si non fuisset expressum, vel tacitum, rescriptum non fuisset obtentum, tunc sumitur media via, quia rescriptum mero iure valet, & in hoc applaudit Lectu. Azo. & Ioann. non tamen in effectu, quia poterit elidi ope exceptionis, & in hoc applaudet Lect. Placent.

Et sic est regula trita, † quod literæ surreptitiæ vel obreptitiæ saltem in effectu, non tribuant iurisdictionem. *d. l. etsi legib. & ibi Bar. & DD. Guilhel. Cy. & Legist. in d. l. præscriptione. & copiose Canonist. in d. c. super liter. vbi est principalis tex. in ista materia.* Maxime quando omissum fuit, vel expressum tale quicquam, quo omisso vel expresso rescriptum non fuisset euacuatum, *& in c. sedes. in c. cæterum. & in c. ad audientiam. eod. tit. de rescript.* Et quod rescriptum impetratum per surreptionem, hoc est, expressa falsitate, vel obreptione, hoc est, tacita veritate, sit ipso iure nullū, pro tanto, quod nullam tribuat iurisdictionem. *Pulchre etiam tenet Bald. in l. fin. in 2. colum. vers. sed contra hoc opponitur. Cod. sententiam resc. indi non posse, & citat pro hoc l. si C. de his quæ à non domino manumiss. & c. dilectus filius Abbas. de rescript.* Cum ergo à Cæsarea Maiestate, si ei non fuisset tacita veritas, & expressa falsitas, nullo modo fuissent obtenta prædicta rescripta inhibitionis & delegationis, &c. Sequitur, quod ea ipso iure vel saltem in effectu sint nulla, & per consequens nullā iurisdictionem Assessoribus Consistorii Imperialis, etiam saltem in effectu tribuentia, & cum, vt ex libello recusatorio patet, prædicta rescripta delegationis, & præcepta per surreptionem & obreptionem sint obtenta, sequitur quod clausulæ ex certa scientia, vel ex potestate Cæsarea, vel non obstante sententia, vel compromisso nihil operantur, quia quū corruat principale, super scil. surreptionem vel obreptionem, corruunt etiam omnes huiusmodi clausulæ, cum habeant naturam accessorii. *Ita not. dicit Bal. in d. l. fin. in prealleg. vers.* Et sic non obstat, † quod princeps, vt Papa, vel Imperator, possit ad se reuocare causas pendentes

pendentes.*c.non nostrum.de appellationibus.* Et nedum Impe-
rator hanc potestatem habet, sed quilibet superior po-
test causam pendentem coram inferiori Iudice ad se re-
uocare, vel ei inhibere ne procedat in causa.*l. soluitur iudi-
cium.ff.de iud.* quia omnia ista, & similia procedunt, quan-
do oon constat de sorreptione vel obreptione, sicut io
præsentiarum, & sic quod dicitur, quod isto casu rescri-
ptum principis oon valeat, vel mero iure, vel saltem in
effectu, ope scilicet exceptionis surreptiunis, non proce-
dit ex defectu potestatis principis, scilicet Imperatoris,
10 quia † quando princeps aliquid facit ex certa scieotia, ne-
mo potest ei dicere, Cur ista facis? *secundum Bald. in proh.
ffeorum.* & probatur per text. in c. quamuis, ibi, quis tameo
audeat dicere Deo? Quare huic homini, qui post primã
pœnitentiam rursus se laqueis iniquitatis stringit, iterum
parcis? iuncta glo. ibi io verbo, Deo, vel Papæ, de pœnit.
& dist. 3. Bald. in c. Ecclesia sanctæ Mariæ, vt lite peod. in-
quit, quod cum princeps sit prima causarum, nun sit de
eius potestate inquisendum, cum primæ causæ nulla sit
causa, quia id quod primum est, aliud aote se habere non
potest, & priocepс ex certa scientia, potest omnia supra
ius, contra ius, & extra ius, *secundum eundem Bald. in cap. cum
11 super. de causa poss. & propriet.* Imo † sacrilegu crimen est de
potestate priocipis disputare. l. disputari, vbi dicitur:
Disputari de principali iudicio non oportet, sacrilegii e-
nim instar est, dubitare an is sit dignus, quem Imperator
elegerit. C. de crimioe sacrileg. Sed procedit ex defectu
voluntatis, quia quando obrepitur principi, non præsu-
mitur illud velle, cum non fuisset concessurus, si veritas
et non fuisset occultata, vel falsitas expressa: sicut etiam
quando princeps rescribit contra ius simpliciter, nam
per Iudices non debent obseruari huiusmodi rescripta
cootra ius emanata. *l. rescripta C. de precibus Imp. off.* Et hoc
secuodum Bal. & Legist ibi, non procedit ex defectu po-
12 testatis, sed voluntatis, quia † non præsumitur aliquid
velle, quod sit cootra ius: & si aliqoid consenserit, præsu-
mitur per importunitatem concessisse. Ideo quando vult
concedere scriptum contra ius, prout potest, adiicit clau-
sulam, non obstante tali lege. Sed, vt adductum est, quã-
do impetratio rescripti est facta per surreptionem, illæ &
similes clausulæ tanquam accessoriæ nihil operantur,
propter scilicet defectum præsumptæ voluntatis Impe-
13 ratoris. Et potest tradi regula, † quod clausulæ, quas op-
pooit princeps ex plenitudine etiam potestatis in rescri-
ptis, non operentur aliquid contra præsumptam voluo-
tatem eius. Ita optime probatur per text. in c. postremo,
vbi dicitur: Quod si Papa dederit legatum cum clausula
non remota appellatione, quam solus princeps appone-
re potest. *l. 1. §. interdum Imperator. ff. a quib. appellar. non lice.* ta-
mẽ iuste Iudex delegatus poterit ex iusta causa tanquam
sospectus recusari, quia est consanguineus impetrantis,
vel fuit Aduocatus, vel alia iusta causa subsit, *de appellatio.
& not. an. Bartol. in dict. §. interdum Imperator.* Imo text. in d. l.
postremo, haberet etiam locum, si causa expresse fuisset
commissa cum clausula, remota scilicet recusatione, quia
adhuc non intelligitur remota excusatio ex iusta causa,
sed tantum friuola. *Specu. in titu. de recusa. §. 1. versi. quid si sit
causa. per c. ex parte. la 2. de offi. delega. & idem tenet Domin. in c. Iu-
dex. in pen. colum. versi. quæro quid si est datus Iudex cum clausul. de
offic. delega. lib. 6. Et pulchre Philip. Dec. in d. cap. postremo, statim post
princip.*

Imo quaodo Princeps, vt Papa, vel Imperator, com-
mitteret causam, remota recusatione expressa, scilicet
causa recusationis, quæ sit certa, determinata, legitima,
& iusta ad recusaodum, tamen adhuc Iudex tanquam
suspectus recusari possit, cum Princeps illam tollere non
possit. † Nam exceptio recusationis concedens defensio- 14
nem, tolli non potest, cum illa defensio sit de iure natu-
rali, quam Princeps tollere non potest. *Clem. Pastoralis. de re
iudica. & pulchre dicit Dom. in d. c. Iudices. versi. quæro, quid si est da-
tus, ibi, aut causa est legitima, & certa, &c.* & quando causa com-
mittitur etiam motu proprio, tamen potest recusari Iu-
dex, tanquã suspectus, & legitima causa, quia † Princeps 15
in dubio nõ videtur velle causam committere sospecto.
*c. cum inter. de electio. & d. c. postremo. Ita decidit Panor. in terminis in
c. cum olim. in fine.*

Insuper & quarto, qoamuis Princeps sit supra ius po-
sitiuum, & l. positiua non ligetur. *l. Princeps. ff. de legib. l. digna
vox, cum ibi nota. C. de legib.* tamen non est solutus à iure na-
turali. Ideo † Princeps ex suo contractu etiam inito cum 16
subdito suo, obligatur sicut quilibet alius. *Ita probatur per
tex. in c. 1. & ibi hoc expresse colligit Panor in 4. nota post Anto. de But.
ibi, & sequitur Imol. & Moder. ibi, de probatio. facit l. Cæsar. secundum
eum. ff. de publ.* In contractibus enim æqualitas requiritur,
& ideo etiam princeps communi iure vtitur, & obligatur
de iure gentium. *Ita egregie inquit Bald. in l. imperfecto. in fin. per
tex. in d. l. Cæsar. & per nota. per Cyn in d. l. digna vox. Cod. de testam.*
Licet enim Princeps lege positiua non obligetur, nõ ta-
men est solutus à dictamine rationis, quia animal ratio-
nale & morale est, secundum Bald. ita formaliter inqui-
entem, in l si aqua, *in 6. colum. versi. decimo octauo quæro ibi*, &
hoc facit ad propositum nostrum. C. de seruitut. & aqua.
& bene facit quod vult idem in l. qui se patris, *in 6. colum.
versi. hoc scias, quod si princeps, &c.* C. vnde liberi, scilicet; quod
si Princeps pro feudo reciperet pecuniam, & postea di-
ceret, Indulgemus, vel simili verbo vteretur, nun ideo
esset feudum, sed emptio: Intellige quando precium
corresponderet rei, & ideo non posset per principem re-
uocari. Quare inquit etiam Bal. in l. 1. in princ. quod licet
prioceps non ligetur lege legis, ligatur tameo lege con-
uentionis.

Et † licet ad confirmationem prædictorum possent 17
multa adduci, tamen breuitatis causa omittuntur: Cum
expeditum & indubitatum sit, principem, sicut quemli-
bet priuatum teneri ad obseruantiam contractuum, pro-
missionum, pactorum & obligatioonm eiusdem, pro
taoto, quod princeps etiam de plenitudine potestatis nõ
possit contractibus siue promissionibus suis contraueni-
re. Ita decidit & bene Paul. de Cast. in d. l. digna vox. *in 4.
colum. versi. vlt. per istam l.* Nam per istam legem determinat
ibi Cy. Quod si princeps facit aliquem contractum cum
subditis, debeat ipsom obseruare, & non rumpere, vel
frangere, vel contrauenire, sicut quilibet alius priuatus,
& eodem modo eius successor obseruare tenetur, quia
efficit dignitate cuius administrator ipse est, & ex prædi-
ctis & aliis infert ibi Paul. de Castr. Et hoc nota pro veris
subditis Ecclesiæ Romanæ, vt est Bonooia, quod scilicet
Papa faciendo pacem cum ea faciat aliquas prouisiones,
tenetur ipse & successor eius obseruare. Subiungens: Nec
posset † eas de plenitudine potestatis infringere. *Philipp.* 18
*Dec. in d. c. 1. in 1. colum. versi. Et hæc adeo locum habent, cum concord.
de probat.*

Ex quibus iam clare infertur, C. M. contra suas promis-
siones factas principibus Electoribus, nomine omnium
statuum, sacrosancti Romani Imperii, hanc causam pen-
dentẽ coram arbitris, non potuisse ad se de iure reuocare,
etiam ex plenitudine potestatis, sed quod illa reuocatio,
& per consequens secutæ commissiones & citationes,
nulum sint de facto emanatæ, &c.

Præterea & vltimo † non dubii iuris est, quod inter-
positio fidei æquiparetur iuramento. *c. ad aures, quod met.* 19
causa. & quod interpositio fidei, & præstatio iuramenti in
materia

materia compromissi, pari passu ambulent, est text. in d. c. Cum tempore, de arbitr. & quod æquiparantur, communiter tenent Legistæ, in l. Si quis maior. C. de transact.
20 Et † licet in omni iuraméto intelligatur excepta autoritas superioris legis vel principis. *c. Venientes. & ibi Canon. de iureiur. c. Constitutus, vbi gloss. de rescript. c. de fama, 22. q. vlt. & in d. ca. Imperialem. in fi. cum similib. de probi. feud. alie. per Frid.* Protanto, quod iurans contraueniens iuramento suo autoritate l. vel superioris, non fit periurus, vt in dd. iuribus, tamen hoc procedit, quando iurasset, & non procurasset iussum
21 iudicis. Nam hoc casu, † quando scilicet procurauerit, ipse efficitur periurus, contraueniendo iuramento, non obstante autoritate vel iussu superioris. Et ideo scholaris, qui iurauit non exire districtum Bononiæ sine licentia creditoris, donec ei satisfecerit, iussus à principe, vel superiore, quod domum reuerteretur, sine periurio possit domum reuerti, tamẽ hoc procedit, nisi ipse hoc procurauerit. Nam tunc autoritas superioris enim non excusaret à periurio. *secundum Paul. de Castro, Guido. Roma & Do. Ias. in concordan. ibi per Dn. Ias. adductis, in l. fin. ff. Qui satisda. cogantur.* Nam si aliquis iurauerit soluere in certo termino, & Iudex faciat sibi præceptum, ne soluat, quod ipse excusabitur à periurio non soluendo in termino, nisi iurãs procuraret fieri, vt sibi à iudice, vel à superiore prohiberetur. *Ita probatur per text. in c. Dixit Dominus, in fi. iuncta gl. & ibi expresse Archid. 24. quæst. 5. Hostien. in tit. de iureiur. §. Et species. vers. item si iuro Angel. Ludo. Roma. & Dn. Ias. in d. l. fin.*

THEMA CONSILII LIIII.

1 Non potest quis testamentum pro parte impugnare, & pro parte acceptare, sed volens cõsequi lucrum in testamento relictum, tenetur approbare totam dispositionem testamenti.

2 Item omissio diei vitiat testamentum.

3 Et is cui relictus est vsusfructus certorum bonorum, tenetur cauere se vsurum arbitrio boni viri, & finito vsufructu, bona restituturum.

SVMMARIA.

1 *Non potest quis inter paganos pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere.*

2 *Impugnans testamẽtum in vno capitulo, non potest aliquem fructum ex illo reportare.*

3 *Producens instrumentum in vna parte, intelligitur totum approbasse.*

4 *Qui vult acquirere ius ex contractu, tenetur acceptare contractum, cum omnibus suis clausulis & pactis, in eo appositis.*

5 *Scriptura priuata necessario non requirit expressionem temporis. Fallit in testamento, & quæ sit ratio specialitatis.*

6 *In instrumento publico debet apponi nedum mensis & dies, sed etiam nomen principis.*

7 *Priuata scriptura requirens appositionem diei, vitiatur etiam per omissionem nominis principis.*

8 *Duplex defectus plus operatur, quam simplex.*

CONSILIVM LIIII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Viso testamento quondam Nobilis & honesti viri N. & mature ponderatis quæstionibus propositis, ordine illis respondendum de iure arbitror. Et primo, quia ex serie testamenti patet, prædictum N. legasse vel reliquisse in testamento vxori suæ vsumfructum omnium bonorum suorum: Intelliguntur sub illa dispositione comprehensa tam bona mobilia, quam immobilia. Nec poterit eius relicta vendicare proprietatem bonorum mobilium, quia impugnando testamentum mariti in vno capitulo, amitteret omne lucrum sibi in illo relictum, nec posset aliquod commodum ex illo consequi. Secundo quia non apparet prædictum testamentum ratione formæ perfectum, quum non contineat diem nec nomen Imperatoris, videtur ex hoc nullum esse. Tertio, & posito, quod possit sustineri, & relicta N, petendo proprietatem bonorum mobilium, ipsamet non impugnaret, & sic se incapacem redderet lucri & vsusfructus à marito relicti: Tamen non essent hæredes obligati, illi bona relicta fruenda tradere & committere, antequam debita illis cautio ab ipsa relicta, tanquam vsufructuaria, præstaretur.

Omissis omnibus superfluis, in præsenti consultatione prædictæ responsiones, tanquam iuribus conformes, breuiter ostenduntur. Et in primis quod prima decisio sit vera, patet per vulgatam Regulam, † Quod nemo 1
paganus, id est, non miles militans, pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere potest. l. Ius nostrum, vbi dicitur: Ius nostrum non patitur eundem in paganis & testato & intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, vt testatus & intestatus quis sit. ff. de regulis iuris. §. *Non autem vtique. versicu. Etsi, Institu. de hæredib. inst.* Nec obstat lex, Nam etsi parentibus. §. fin. & l. Circa. vbi quis decessit pro parte testatus, & pro parte intestat⁹. ff. de inoff. test. Vt si pater instituerit vnum filium, vel frater instituerit duos hæredes, vnum honestum, alium inhonestum, id est, turpem exhæredando fratrem. Istis casibus quia personæ institutæ sunt diuersi iuris, per querelam inofficiosi testamenti impugnatur testamentum, quoad extraneum hæredem, non autem quoad filium institutum, *vt in casu dicti §. fin.* Item in d. l. Circa, quo ad inhonestam, non autem quoad honestam personam. Et sic ex postfacto propter inæqualitatem personarum hæredum potest contingere, vt quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, in quibus terminis, vt patet, hic non sumus. *Et ita declarant gloss. & Doct. in d. l. Ius nostrum, & in d. §. fin.*

Præterea † exploratum est eum, qui testamentum in 2
vna parte vel articulo impugnat, nullum penitus fructum ex eo consequi posse, per Regulam, quæ habet, quod ex eo non debeat quis fructum consequi, quod nisus est impugnare. *cap. Ex eo. de regul. iur. in 6. l. Papinianus. ff. Meminisse. ff. de inoffi. testa. l. Alia. Cod. de his quibus vt indignis.* per quæ iura patet, & est indubitatum, quod si quis vult commodum, legatum, vel quemcunque fructum ex testamento siue alia vltima voluntate defuncti consequi, & tale testamentum in aliis capitulis siue articulis etiam suam personam concernentibus, non vult seruare, quod non audiatur, sed est necesse quod ipsum seruet in omnibus, vel quod ex eo nullum commodum reportet. Sed relicta A. de H. in impugnando suum testamentum, quantum ad gerade mustell. &c. accusauit ipsum in effectu, vt patet, tanquam inofficiosum. Ergo perseuerando in illa impugnatione, & non ab ea desistendo, omne lucrum quod relictum esset ei, in eo perdere debet, *d. §. Meminisse, & quæ not. pulchre Dyn. & post eum Franc. in dict. c. Ex eo Bart. in l. Post legatum. ff. de his quibus vt indig.* Item ex quo prædicta Domina vult sentire lucrum ex d. testamento, scilicet vsumfructum omnium bonorum mobilium & immobilium mariti sui primi; Ergo etiam debet sentire illud incommodum siue onus, vt tantum habeat vsumfructum etiam in mobilibus ad gerade pertinentibus. Quia qui sentit commodum, debet etiam sen-

tire incommodum. *cap. Qui sentit, de regul. iur. lib. 6.* Et illa procedit sine dubio, quando circa vnum & idem est cõmodum & incommodum, & per omnia par ratio, & personæ suscipientis commodum, incommodum & habilitas. §. *Cum autem. Institu. de emptione & venditio. l. Si ex tota, in principio. ff. de legat. 1. l. Etsi contra tabulas. ff. de vulga. & pupilla. substit. l. fin. §. fin. ff. de legat. 3. Ita pulchre declarat Imo. in d. Regula, qui sentit*, sed vt apparet, hic omnia prædicta concurrunt, quia commodum & incommodum circa idem scilicet testamentum, & par ratio & suscipientis personæ, scilicet relictæ commodum & habilitas. Et supra dicta decisio est sine scrupulo, cum relicta A. de H. virtute sæpe nominati testamenti mariti sui vtatur & fruatur omnibus suis bonis, intelligitur ipsum approbasse, & ratificasse, cum eo ipso, quod quis solum producit scripturam vel instrumẽtum, censetur ipsum approbare pro se & contra se. gl. est notabilis in l. 1. Editiones, in gloss. mag. *vers. Item quid*
3 *si sponte, &c.* ff. de edendo. Item plus vult d. gloss. † quod producens instrumentum pro tanto videatur omnia in eo contenta vera esse fateri, quod contra illud aliquid dicere non possit. *quam gloss. ad hoc allegat Bart. in d. l. Post legatum. Bald. in l. 2. ad finem. C. de fideicommiss. libert.* & quod quis producendo instrumentum in iudicio intelligatur omnia fateri in eo contenta, maxime in his, quæ ibi ponuntur dispositiue. Licet secus sit in his, quæ in illo ponuntur enunciatiue. Ita egregie declarat Bald. in c. Venerabilem, de exceptionibus. Et allegat ad hoc tex. in l. Aurelius. §. fin. Vbi proferens testamentum, videtur fateri testamentum verum non in his quæ per testatorem in eo enunciatiue prolata sunt. ff. de libera. leg. *Refert & sequitur Du. Iaso. in l. contra iuris, §. Si filius, in 2. colum. ff. de pactis.* Sed relicta illa non potest vsumfructum bonorum mariti sui obtinere, nisi ex testamento eius. Ergo producendo tenetur in eo dispositiue contenta seruare, & per consequens solum vsumfructum in omnibus bonis, cum dispositiue testator legauerit vsumfructum omnium bonorum suorum, nullam penitus faciens distinctionem siue differẽtiam inter illa siue alia bona. Ergo, &c. Et confirmantur prædicta per pulchram Regulam, quam tra-
4 dit Bald. in d. § Si filius, per text. ibi, † quod ille cui acquiritur ius ex contractu, debeat acceptare contractum, cum omnibus pactis & clausulis in eo appositis, *& bene facit text. in l. Gaius. ff. de manumiss.* Ergo is cui acquiritur ius ex testamento, debet illud acceptare, cum omnibus clausulis, &c. Cum bonum sit argumentum à contractibus ad vltimas voluntates, & econtra. *l. Seruum filij. §. Eum qui chirog. ff. de lega. 1.*

Secunda Responsio siue decisio est etiam indubitata.
5 Nam † licet regulariter in scriptura priuata non requiratur de necessitate expressio temporis. *l. Cum tabernam. §. Idem quæsitum. ff. de pigno.* Tamen hoc fallit in scripturis priuatis test. siue vlti. volunt. *l. 2. §. Diem ff. Quemad. testa. aperi.* Quod etiam procedit in priuata scriptura patris testantis inter liberos suos *per tex. ad lite. in Auth. Quod sine, vers. Tempo. & in corp. vnde sumitur. C. de testa.* & est ratio specialitatis, *secundum Bald. in d. Auth. Quod sine, ante fin. versic. Quare vlterius*, quia pluries & fieri & mutari potest, & ideo debet apparere bene de tempore, quia id demum ratum est, quod vltimo comprobatur, *vt l. Omnium. C. de testa. & est expressum in d. l. 2. § Diem. & seq. in d. auth. Sine. Bald. Ang. Saly. Paul. de Cast. & Moder. Et pulchre Alexand. de Imo. in consilio 123. incip. Discussis hesitationibus, de quibus in Themate, in 3. colum. vers. Sed prænussis non obstantibus, in 1. volu. & not. Alex. de Imol. in Consi. 76 incip. Ponderatis his, quæ in Themate, inhi ante fi. 3. col. vers. Insuper alia ratio-*
6 *ne, in 3. volu.* Item † quod instrumentum publicum asserti Notarii, sit ipso iure nullum, cum omittit apponere diem annum & diem conditi testamenti, sed etiam proponi nomen principis, hoc est, Papæ vel imperatoris, quorum omissio instrumentum annullat, *probatur in auth. vt proponatur nomen Imp. in prin. col. 5. & in l. generali. C. de tabellio. lib. 10. & in c. Inter dilectos, in fine, de fide instrumentorum.* Si ergo omissio vnius ex illis, scilicet antepositionis nominis principis, vel temporis, viciat instrumentum, licet hodie non sit necesse apponere nomen Consulis, sicut olim quum Roma regebatur per Consulem: sed sufficiat apponere nomen Papæ vel Imperatoris, *secundum gl. not. in c. Quotiens, in verbo, Consulibus. 2. q. 7. quam multum not. Pan. in 1. c. in vlt. col. vers. Secundo scias. de probationibus, & in d. c. Inter dilectos.* per quæ etiam deciditur, quod etiam in scriptura priuata, in qua requiritur insertio diei & mensis, debet etiam proponi nomen principis, alias omissio eius, vel † omissio mensis 7
& diei tantum scripturam viciant, maxime si vtrunque omissum sit. Nam cum omissio vtrius viciet, quanto magis omissio vtriusq; ? Nam sicut plus operatur duplex vinculum, quam vnum; Ita duplex defectus plus quam vnus. per vulgaria. Quia † idem quod operatur proposi- 8
tum, in proposito, idem operatur appositum in apposito. *d. l. Etsi contra tabulas, & l. fi. § fi. de legat. 3.*

Vltima autem responsio patet per text. in l. 1. ff. Vsufructuarius, quemad. cau. inquit ibi tex. Si cuius rei vsusfructus legatus sit, æquissimum prætori visum est, de vtroque legatorum cauere, & vsurum de boni viri arbitratu, & quum vsusfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. Et declarat in eadem l. Iuriscon. quod debeat continere ista cautio, dicens: Habet autem stipulatio ista duas causas. Vnam, si aliter quis vtatur, quam vir bonus arbitrabitur: aliam de vsufructu restituendo, quarum prior statim committitur, sequens committitur finito vsufructu, *vt ibi, relie autem facient, &c. in verb. Se intestatum redegerint, & ibi pulchra gl. in verb. intestatum, quæ ad hoc allegat l. Si inter. C. de iure dot. & l. Non solum. § pen. l. ff. de noui oper. nuncia. &c.*

THEMA CONSILII LV.

In materia euictionis qualiter venditor & fideiussores, & eorum hæredes, re euicta tenentur emptori de euictione, &c.

SVMMARIA.

1 *Res inter alios acta vel iudicata, & sic in iudicio, & extra iudicium facta, alijs non consentientibus non potest praiudicare.*
2 *Culpa Feloniæ commissa per venditorem feudi, non obest emptori, post mortem venditoris, quando in vita venditoris non secuta est sententia priuatiua.*
3 *Præscriptio contra actionem ex empto, demum incipit currere re euicta.*
4 *Obligatio de euictione per fideiussores promissa, transit ad hæredes, etiamsi heredum nulla facta sit mentio.*
5 *Promissio specialis facit cessare promissionem legis vel statuti.*
6 *Indefinita æquipollet vniuersali.*
7 *Exceptio firmat Regulam in casibus non exceptis.*
8 *Habetur pro disposito, quod partes si fuissent interrogata, dispositure fuissent.*

CONSILIVM LV.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Christophorus de V. emit vineam quandam à Ioanne N. de cuius inuestitura erat contentio inter Abbatem N. & ciuitatem Culm. quum vterque contenderet dominum directum dictæ vineæ

ad se

ad se pertinere. Et in literis quidem contractus expresse cautum reperitur, venditorem nolle esse obligatum eius contentionis nomine, quum ipse recognosceret vineam ab Abbate in feudum, & etiam certis quibusdam pactis teneretur ipsi ciuitati, euictionis tamen nomine se generaliter astrinxit & obligauit emptori, dedit etiam hoc nomine fideiussores, &c. Iam quum prædicta contentio inter Abbatem N. & ciuitatem Culmb. per iudicialem cognitionem esset dirempta, & dominium directum vineæ venditæ adiudicatum ciuitati Culm. Prædicta ciuitas Culmb. vult vendicare vineam, tanquam sibi delatam, propter certa pacta & transactiones, cum venditore initas, & Fœloniam ab ipso venditore cõmissam, in eo quod vineam, in præiudicium Ciuitatis Culm. recognouerat ab Abbate in feudum. Quæritur, vtrum possit eius nomine conueniri emptor.

Et respondetur, quod non. Secundo, posito quod ciuitas posset euincere illam vineam à venditore, vtrum illi possit patere regressus aduersus hæredes venditoris & fideiussorum, nomine euictionis datorum, non obstantibus prætensis quibusdam causis, ab illis contra emptorem allegatis. Et respondetur, quod causæ allegatæ per hæredes & fideiussores venditoris, illos non possint releuare nec excludere actionem euictionis nomine emptori ex tenore pactorum, aduersus illos, competentem.

Prima decisio, videlicet, quod virtute compositionis seu transactionis super prædictis bonis inter Consulatum vrbis Culm. & Ioannem N. factæ & initæ, prædicto Consulatui nullum penitus ius ad reuocandum huiusmodi bona contra validum Christophorum à V. vel fratrem eius, tanquam tertium ignorantem, & nequaquam consentientem, natum sit vel fuerit, ita quod Gergio à V. huiusmodi transactio in nullo præiudicet, nec in aliquo præiudicare possit, est indubitati iuris, vt patet per Rubr. & Nigrum. C. Res inter alios act. vel iud.
1 alii non noce. & dicit ibi text. in l. 2. aperte, † Inter alios factam transactionem absenti non posse facere præiudicium, notissimi iuris est, quapropter aditæ præfatæ prouinciæ auiam tuam mancipium tibi donasse, proba, & si hoc iure ad te pertinere prospexerit, restitui tibi prouidebit. Neque enim si te absente diuisionem eius fecerint, aliquid iuri tuo derogari potuit, & in l. 3. dicitur: Si fratre tuo matri successisti, frater pro portione tua cum debitoribus hæreditariis paciscendo vel agendo, non ex tua voluntate pro hæreditaria portione tibi quæsitam obligationem extinguere non potest, & in l. 1. Inter alias res gestas alii non posse præiudicium facere, sæpe constitutum est, sicut etiam res iudicata inter alios, aliis non nocet. *l. 1. 2. & 3. C. Quib. res iud. non nocet.* Per quæ etiam patet, nec in iudicio, nec extra iudicium inter aliquos gesta, aliis præiudicare posse, & dicit text. in l. Si vnus. §. ante omnia, conuentionem in alia re, aut cum alia persona factam aliæ rei, aliæue personæ non nocere. ff. de pact. Et quod etiam transactio cum vna persona facta, non extendatur ad aliam, est text. expressus in l. 1. C. de transactio. l. Imperatores. ff. eod. tit. Et prædicta procedunt nedum in pactis, transactionibus, re iudicata, sed in omni actu, etiam in iuramento. *cap. Sicut. c. Intellecto, de iureiurand. Bartol. in l. Titia. §. Imperator. ff. de leg. 2.* Et per prædictam Regulam §. Ante omnia, decidunt nota. Bal. & Moderni. in l. Si actionem. C. de pact. Quod si sunt duo vel plures fratres, & vnus eorum maritat sororem, & illa facit ei pactum de non petendo hæreditatem paternam, quod istud pactũ non proderit aliis fratribus, quin aduersus eos possit soror pro eorũ rata experiri. Cõuentiones enim initę inter certas personas, aliis nec prosunt, nec nocent. Hinc etiam deciditur, quod pactum inter cohæredes factum, inter eos seruandum sit, tamen creditoribus eorundem non præiudicat. *l. Licet, & ibi Bartol. ff. Famil. hercisc.* & ad ista accedit nota. text. in cap. Super eo, de offic. deleg. vbi est casus; Etiamsi summus princeps, vt Papa, committat causam, vt ibi quæstionem iuris præsentandi, vertentem inter aliquos, cum clausula, appellatione remota, quod tamen tertii diœcesanus Archidiaconus & Archipresbyter comparentes, pro eorũ interesse appellare possunt. *Et ita per illum text. decidit Bartol. expresse in l. 1. §. Interdum. versic. Quæro. ff. A quibus appell. non licet.* Per quæ iam clare ostensum est, Consulatui Culmb. virtute transactionis siue compositionis initæ cum Ioanne N. nihil penitus iuris contra Georgium à V. tanquam tertium, quæsitum esse. Potissimum etiam, quod præfatus Ioannes N. tempore vitæ suæ non fuit priuatus feudo illo, propter aliquam culpam vel causam. Ex quo etiam sequitur, posito, & non concesso, quod Consulatus propter culpam, vel quamcunque causam, eum feudo suo priuare potuisset, quod istud ius reuocandi non transiisset post mortem eius ad Christophorum à V. emptorem, nec ad fratrem eius Georgium. † Cum in 2
casibus in quibus feudum etiam ipso iure propter fœloniam vel quamcunque aliam causam, reuertatur ad dominum, si Feudatarius decesserit antequam dominus declarauerit suam voluntatem, hæres vasalli non possit feudo priuari, *gloss. est singula. in l. final. Argum. Illi. in fin. 1. & ibi pulchre Bald. Cod. de reuocand. donat. Qui etiam ad hoc allegat l. 2. ff. Si ager vectigal. vel emphyt. peta.* Imo si Vasallus commiserit fœloniam in dominum suum, ita quod feudum amittat, tamen intelligitur per sententiam, & ita est necessaria sententia priuatiua, *secundum gloss. in cap. 1. de feud. sine culpa non amittend. & in cap. 1. §. Sancimus, quo tempore miles inuestitu. pet. debe* & bene facit text. in c. 1. Denique. *versic. Vasallus contra constitutionem, in verbo. Cariturum,* in tit. Quæ fuit prima causa benefic. amittend. Vbi in priuatione feudi quã incurrit Vasallus, qui alienauit ipsum sine licentia domini, requiritur sententia propter verbum futuri temporis; *& ibi Bal.*

Præterea quod secunda Responsio etiam sit in vtraq; parte vera, ita quod non obstantibus duabus rationib. à fideiussoribus adductis, ipsi sunt obstricti valido Georg. à V. de euictione, si scilicet ex quacunque causa etiam à Consulatu à Culmb. dicta vinea, &c. euinceretur, est indubitati iuris. Et primo clarum est, quod actio ex empto de euictione in personam de iure communi perpetua est, id est 30. annis duratura. Similiter & alia ex stipulatu contra fideiussores, & eorum hæredes de euictione. *Tex. est ad literam in l. Empti. Cod. de euictio.* & est ratio, quia est actio in personam; quæ regulariter durat 30. annis. *l. Sicut. Cod. de præscriptio. 30. annorum.* Et † præscriptio con- 3
tra actionem ex empto de euictione demum incipit currere re iam euicta, cum tunc primum nascatur, *secundum glo. in dict. l. Empti ibi, Vel dic, quod toll. & ibi pulchre Saly.* Et idem est in fideiussore emptori constituto. *leg. Exceptionem. & l. fin. Cod. eodem tit.* Et ideo etiam Regula, quæ habet, quod quem euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, habet etiam locum in fideiussore vendicante *d. l. Exceptionem.* Et licet hæres fideiussoris de euictione, suo proprio nomine rem, pro qua defunctus intercessit, vendicare possit, tamen re euicta contra eum datur actio de euictione *dict. l. si ea.* Et † ista obligatio fi- 4
deiussorum non solum eos perpetuo, quum sit personalis, sed etiam eorundem hæredes, licet de eis nulla penitus sit facta mentio, obligat. *l. Veteres. C. de contra. & com. stipu.*

Non minus explorati iuris est, quod etiam stante prætenso allegato vsu huius prouinciæ, annalis scilicet præscriptionis fideiussorum, de euictione pro emptore tenentium, adhuc præfati fideiussores obligati essent Georgio à V. ad seruandum eum indemnem, si à consulatu Culmb. contingeret vineam illam, &c. ab eo tanquam emptore euinci, ex quo infra annum à tempore celebratæ venditionis, Consulatus mouerit controuersiam super dicta vinea, & venditor eiusdem, Ioannes N. se intromiserit huic disceptationi, siue quæstioni motæ, potissimum quum verba, quibus venditor ipse, & sui fideiussores se pro euictione obligauerunt, sunt mere pure, & simpliciter in rem concepta, Nemlich per verba supra narrata, scilicet, Geschehe aber daß solche stuck all eins oder mehr etc. in zeit der wehrschafft ansprüchig würden etc. Ecce verba impersonaliter in rem concepta, per quæ verba constitutionis fideiussorum apparet, etiamsi communis vsus haberet, quod tamen non creditur, quod si fideiussores infra annum & diem ab Emptore, vel eius hæredibus non impetrentur, quod essent liberati, quod tamen adhuc fideiussores non essent liberati, ex quo verba sunt mere realia, scilicet si infra tempus, siue in tempore euictionis præfatis bonis in totum, vel pro parte lis siue controuersia moueretur, vnd also ansprüchig
5 werden oder würden † Quum expressa prouisio hominis faciat cessare prouisionem legis. *l. fin. Cod. de pactis conium.* Quod maxime in præsentiarum procederet, quum ille vsus siue consuetudo præcise, vt apparet, esset iuri communi contraria, ideo intelligenda & interpretanda est, quo minus possibile est, ne lædat ius commune. *l. 2. cum ibi nota. C. de noxa. actio.*

Pariformiter non est dubii iuris, clausulam literarum contractus, scilicet Allein ist in solchem Kauffe bedinget etc. minime obstare Georgio à V. quo minus fideiussores sint ei in præsenti casu obligati, si scilicet contingeret ab eo euinci illam vineam. Nam quum in sæpe allegato Articulo solum sit exceptum & cautum, quod Ioannes N. venditor, non teneretur se intromittere de controuersia siue contentione inter Dominum Abbatem de Lauckenh. & Consulatum in Culmb. super iure conferendi huiusmodi bona feudalia, vertente. Non autem verbo expressum est, quod se Consulatus vel Abbas, quem scilicet eorum contingeret obtinere victoriam in illa controuersia, non vellet ipsi Christophoro à V. vel eius hæredibus, illa bona conferre, sed ea ab illis euincere, quod etiam isto casu Ioannes N. &c. non esset obligatus.

Et in sequentibus dispositionibus Ioannes N. &c. fideiussores sui indistincte, simpliciter & indefinite, non scilicet distinguendo, à quo vel à quibus prædictis bonis in totum, vel pro parte, fuerit lis siue controuersia in tempore der wehrschafft / mota, obligauerunt se de euictione pro emptore, & suis hæredibus, promittendo scilicet eos indemnes seruare, &c. Sequitur conclusiue prædictos duos fideiussores fore & esse obligatos Georgio à V. de euictione, & eundem indemnem seruare in
6 casu, quo à Consulatu prætacta vinea euinceretur. † Cum illa indefinita locutio æquipollet vniuersali. *l. Si pluribus. & ibi Bartol. ff. de leg. 3. l. Si plures. ff. de legat. 2. & gloss. notabilis, licet vulg. in c. Vt circa, in princ. in versic. Aliorum, de electio. lib. 6.* Et hoc procedit etiam, quando proferatur ab homine, & eadem ratio est particularium, *secundum nota. per gloss. in dict. c. Vt circa. & ibi nota. Gemin. ad fin. princip.* Sed non potest assignari ratio diuersitatis, quare præfati fideiussores tenerentur de euictione, si à Georgio à Vuald. moueretur controuersia super prætactis bonis, ab aliis, quam à Consulatu, non autem, quando Consulatus. Ideo quod Ius commune & Regulam pro se habet, quæ quidem disponit, quod venditor, & eius fideiussores regulariter teneantur de euictione Emptori, *per totum tit. ff. & Cod. de euictio.*

Quamobrem illud ius indistincte loquens, indistincte intelligi debet, *per vulga.* & vbi est eadem ratio, ibi idem ius, *l. Illud. ff. Ad leg. Aquil. c. Translat. de constitut.* Sed, vt patet, in præsentiarum est eadem ratio, à quocunque contingeret dicta vinea euinci, quia Emptor voluit sibi & hæredibus prouidere, nec inutiliter suam pecuniam perdere, sicut etiam in dubio nemo præsumitur suum iactare. *l. Cum de indebito. ff. de probation.* Et certum est, quod per præcedentem clausulam, in qua excipitur vnus casus, confirmantur dispositiones præfatæ, indistincte prouidentes emptorem & fideiussores, in casu scilicet, Wo die Güter alle oder eins / etc. in zeit der wehrschafft ansprüchig
weren oder würden / de euictione teneri. † Cum exceptio 7
firmet & declaret Regulam in casib. non exceptis. *l. Nam quod liquide. §. fin. ff. de pe. lega. quem text. ad hoc reputat singularem Ioann. de Imol. in l. Filio præterito iniust. rup. testamen. Dyn. in cap. 1. de regul. iur. in 6.* Et est sine dubio, quod exceptio firmet regulam in omnibus casibus non exceptis, in quibus est eadem ratio, & vbi ius contrarium non disponit, *per ea quæ notat pulchre Bart. in l. Generali §. Vxori. ff. de vsufruct. lega.* Et prædicta maxime procedunt in materia euictionis, quum venditor teneatur Actori de euictione, ex prouisione l. etiamsi à venditore non promittatur. *l. Non dubitatur. C. de euictio.* Hinc pulchre dicit textus in l. Quod si nolit. §. Quia, quia assidua est duplæ stipulatio. Ideo placuit etiam ex empto agi posse, si duplæ venditor mancipii non caueat: ea enim quæ sunt moris & consuetudinis in bonæ fidei Iudi. venire debent. Quæ omnia confirmantur in proposito, per optimam Regulam, quæ traditur in gl. singul. in verbo, Per exceptionem, in fi. in l.
In tale pactum. §. fin. ff. de pact. videlicet † quod nedum 8
in legibus & statutis, sed etiam in conuentionib. & scriptis illud habeatur pro disposito, quod verisimiliter fuisset statutum, si quis de eo fuisset interrogatus, *& illam gloss. communiter sequuntur Doct. & etiam post eos Dn. Ias. ibi eam multum notat, dicens ad hoc facere text. in l. Barbarius, ibi, sed etsi sciuisset, quem text. ibi etiam ad hoc ponderat Bald. in l. notab. ff. de offic. præt. & l. fin. C. de posth. hæred. instit. & l. Titius. § Lucius. ff. de liber. & posthum.* Quanto magis fideiussores illi sunt obstricti in casu quo dicta vinea euinceretur à Consulatu in Culm. Georgio à V. quum iste casus, vt ostensum est, non minus sit comprehensus in eorum fideiussione & promissione, quam si ab alio euinceretur, &c. Et hæc omnia vltra prædicta pro maiori fortificatione, videlicet, quod ex quo Consulatus in Culm. nec Christophoro, nec fratri eius Georgio, voluit conferre huiusmodi vineam, &c. ipsi scilicet fideiussores tenentur Georgium à V. seruare indemnem, confirmantur & roborantur virtute præallegatæ clausulæ, in quantum ibi dicitur, Daß Christoff von W. oder seine Erben / ohne Hans N. nachtheil / die Lehen beider herrschafft / so leglich zuerkandt / fordern vnd empfahen solte, etc. debent intelligi cum effectu, & non verbaliter tantum. *l. penult. §. Docere, ibi, quoniam verba cum effectu sunt accipienda. ff. Ne quis eum qui in ius. l. 1. §. Hæc verba, cum similibus. ff. Quod. quisque iur.*

THEMA CONSILII LVI.

Quæstio est, An Princeps vel alia potestas secularis, statuere vel ordinare possit, quod liberi per

subsequens

subsequens matrimonium legitimati, non succederent patri suo in bonis feudalibus.

SVMMARIA.

1 *Matrimonium à Deo institutum.*
2 *Omnis coitus præter vxorium, à iure diuino & Canonico prohibitus.*
3 *Dolosa persuasio plus est quam violenta coactio.*
4 *Legitimatio per subsequens matrimonium est de iure diuino.*
5 *Nobiles non constituti in dignitate, dicuntur priuati.*
6 *Imperator fons nobilitatis.*
7 *Filij sequuntur familiam patris.*
8 *Non valeret consuetudo, quod quis censeretur nobilis ex genere materno.*
9 *Inter cæteras vires matrimonij hæc est vna, quod filius sit heres patris.*
10 *Possessio patris continuatur in filium.*
11 *Matrimonia debent esse libera. Ideo non possunt intimidari per statutum.*
12 *Non valet statutum imponens pœnam contrahenti cum filiofam. sine consensu parentum.*
13 *Contrahere matrimonium sine consensu parentum, est contra bonos mores hominum, maxime prudentium.*
14 *Liberi male faciunt, & grauiter peccant contrahendo matrimonium contra voluntatem parentum.*
15 *Statutum per quod saltem in directum impeditur libertas matrimonij, non valet.*
16 *Bonum est argumentum à pacto ad statutum, negatiue.*
17 *Nobilis est, qui bonos mores habet, & ignobilis qui malis moribus laborat.*
18 *Omnis lex debet esse honesta & iusta.*
19 *Lex etiamsi contineat publicam vtilitatem, si est nutritiua peccati, vel repugnat saluti æternæ, non valet, nec seruanda est.*
20 *Lex debet congruere Religioni, & non fouere peccata, sed corrigere.*
21 *Non valet statutum, quod spurius succedat patri.*

CONSILIVM LVI.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Ad propositam quæstionem respondetur, quod nullus princeps, vel potestas secularis huiusmodi statutum de iure condere possit, quod probatur
1 sequentibus fundamentis. Et primo † clarum est, matrimonium à Deo institutum, vt habetur Genes. 1. capit. dum dicitur ibi: Masculum & fœminam creauit, benedixitque illis Deus, & ait: Crescite & multiplicamini, & replete terram. Et Genes. 2. ibi quoque dixit Dominus Deus: Non est bonum hominem esse solum, faciamus ei adiutorium simile sibi. Et in fine: Quamobrem relinquet homo patrem & matrem suam, & adhærebit vxori suæ, & erunt duo in carne vna. Et paulo ante: Hoc nunc os ex ossibus meis, &c. Et Matth. 19. cap. & 1. Corinth. 7. inquit Apostolus: Propter fornicationem autem vnusquisq; suam vxorem habeat. *Et in gloss. Rub. 17. quæst.* 1. Hinc pulchre inquit Beatus Hieronymus, & habetur 32. quæstio. 2. §. Hic ita. vbi dicitur: Hic ita respondetur: Prima institutio coniugii in Paradiso facta est, vt esset immaculatus thorus, & honorabiles nuptiæ, ex quibus sine ardore concupiscentiæ conciperent, & sine dolore parerent. Secundo propter illicitum motum eliminãdum extra Paradisum, facta est, &c. Item & secundo non mi-
2 nus † expeditum est, omnem coitum, præter vxorium, nedum à iure canonico, sed etiam diuino, tanquam peccatum mortale, damnatum esse, vt patet ex iuribus prædictis, 1. Corint. 7. dum ait: Vnusquisq; habeat vxorem suam, propter fornicationem, &c. Et ad Galatas 5. dum inquit Paolus: Manifesta autem sunt opera carnis, quæ sunt, fornicatio, immundicia, impudicitia, &c. Subiungens: quæ prædico vobis, sicut prædixi, quoniam qui talia agunt, non possidebunt regna cœlorum. Et 1. Cor. 6. Fugite fornicationem. Omne enim peccatum, quodcunq; fecerit homo, extra corpus est. Qui autem fornicatur, in corpus suum peccat. Et supra ait: Nescitis quoniam corpora vestra membra sunt Christi? Tollens ergo membra Christi faciam membra meretricis? Absit; an nescitis, quoniam qui adhæret meretrici, vnum corpus efficitur? erunt enim, inquit, duo in carne vna. Et idem Apostol. ad Colos. 3. scribit: mortificate ergo membra vestra, quæ sunt super terram, fornicationem, immundiciem, &c. Et ideo de iure Canonico omnis fornicatio est damnata eo, ita concubinatus est reprobatus, & c. Nemo, 32. q. 4. vbi inter cætera dicitur: Quicquid in ea, quæ non sit legitima vxor, commissum fuerit, adulterij crimine damnatum. Et sequitur: Nulli licet scire mulierem præter vxorem. Ideo coniugii datum est tibi ius, ne in laqueum Diaboli incidas, & cum muliere aliena delinquas, & ideo sanctius est, defungi sine liberis, quam ex illicito concubitu stirpem quærere. *cap. Sicut, eadem causa, & quæst.* Et quid plura, quum etiam simplex fornicatio est in Decalogo prohibita, dum dicitur: Non mœchaberis, *vt pulchre declarat textus in c. Meretrices.* Et concluditur in fine: Sed si furti nomine bene intelligitur omnis illicita vsurpatio rei alienæ (non enim rapinam permisit, qui furtum prohibuit, sed vtique à parte etiam intelligere voluit, quicquid illicite rerum proximi aufertur) profecto nomine Mœchus, omnis illicitus concubitus, atque illorum membrorum non legitimus vsus prohibitus debet intelligi, 32. *quæst.* 4. & prædicta breuiter ideo adducta sunt ad cognoscendum, quam damnabile sit aliquid statuere, ordinare, vel sancire, per quod aliquo modo etiam per indirectum siue obliquum impediretur libertas contrahendi matrimonii, & detur occasio fornicandi, & se carnaliter commiscendi mulieri, quantumcunque etiam solutæ, non tamen vxori. Item constat quod Moyses 21. cap. Exod. præcipit, quod dormiens cum virgine, nondum alteri desponsata tenetur eam ducere in vxorem. *Et habetur in capit. 1. & 2. cum ibi notatis per Doctores de adulterijs.* Quum ergo nedum ius canonicum, sed etiam diuinum, non tantum approbent matrimonium contractum cum ea, quam quis stuprauerat, sed ipsum etiam contrahi præcipiunt, *vt in dict. ca. 1.* §. 1. sequitur aperte, quod liberi concepti & etiam nati ex stuprante & etiam stuprato, etiam de iure diuino sint veri, legitimi, & iusti liberi, dummodo scilicet tempore coitus vel stupri inter eos potuisset esse matrimonium, quia ambo erant soluti, & alias nullum impedimentum impediens matrimonium inter eos contrahi, suberat, quum matrimonium postea contractum iuris fictione, quæ veritatis locum obtinet, trahatur ad tempus coitus, ex quo ambo extrema erant habilia, *iuxta notata per Doctores, in ca. Lator, & in c. Tanta, qui filij sint legit.* Et alias hoc copiose ostensum est. Et procedit d. c. 1. *secundum Doctores ibi*, nedum si quis seduxerit virginem, sed etiam sponte acquieuerit, *vt ibi per eos.* Pro quarum confirmatione adducit ibi Ioan. de Ana. in 1. notab. id quod habetur in l. 3. §. Si quis volentem. ff. de lib. homi. exhib. & l. 1. §. Per-
suadere. ff. de ser. corrupt. In quibus locis habetur, † quod 3
dolosa persuasio plus est, quam violenta coactio. Insuper claret, quod filii nati ex ancilla, possederunt regna & terram promissionis, vna cum fratribus, *vt manifeste habetur Genes. 30. capit. & in c. Recurras, post princ. 32. question. 4.* & est ratio *secundum gloss. in ca. Non omnis, in verbo, Consti-*

tientem, 32. *qu.* 2. quia Iacob. postea contraxit cum ancilla rali.

4 Per quæ optime patet, † quod quum huiusmodi legitimatio sit de iure diuino, quod etiam Papa non possit statuere, quod filius antea natus, non legitimetur per subsequens matrimonium, dato etiam quod natus esset ex ancilla: quia Papa non potest statuere contra ius diuinum. *c. Sunt quidam*, 25. *quæst.* 1. *cap. Literas, de restitut. spoliato. & ita in specie dicit Domin. Iason, in Consilio* 234. *in fin. penultim. col. versic. Ad idem bene facit, cum princip. sequenti, in* 2. *volum.* Insuper nedum de iure Canonico tenet matrimonium contractum cum ancilla, scienter vel ignoranter, si eam post scientiam cognouerit, etiam quo ad legitimationem prolis. *cap. Proposuit, & ca. fina. de coniug. seruorum.* Sed etiam de iure nouissimo Authen. quis potest contrahere matrimonium cum ancilla vel liberta, in concubinatu retenta, pro tanto, quod filij prius nati legitimentur, quo ad succedendum patri. Textus est valde notabilis in §. fin. versic. Sed quoniam vtique, & est bene signandus ibi, dum inquit: Sit & vxor legitima, & filij sub potestate ipsius, & iusti. & ab intestato hæredis generatori, in Authent. de triente & semiss. colla. 3. Et in §. Si quis autem, vbi etiam ponuntur illa verba: Et sint etiam præcedentes filij, sicut & qui post dotalia nati sunt, liberi & ingenui, & sui & patris successores, &c. in Auth. Vt liber. de cæte. an. non indige. colla. 6. Et tamen ancillæ & libertæ sunt valde viles homines, & abiectæ personæ. *l. Humilem. in fin. versicu. humiles vero. Cod. de incest. nupt.* Imo etiam de iure ciuili, antiquo scilicet C. constituti in maxima dignitate, quibus simplices nobiles longe impares sunt, quum aliqui ex illis sint superillustres, aliqui illustres, aliqui spectabiles, aliqui clarissimi, &c. *vt traditur & notatur in l.* 1. *ff. de officio eius cui mand. est iurisdict.* cum plebeia honesta & paupercula, ex liberis parentibus nata, matrimonium contractum valet. d. l. Humilem, in principio, cuius tenorem placuit hic inseri, quum Imperato. Valent. & Mart. ibi declarent, quæ sunt humiles personæ, & quæ non decentes, dicentes: Humilem vel subiectam fœminam minime eam indicamus intelligi, quæ licet paupercula, ab ingenuis tamen parentibus nata sit, vnde licere statuimus Senatoribus & quibuscunque amplissimis dignitatibus præditis ex ingenuis parentibus natas, quamuis pauperes, in matrimonium sibi accipere, nullamque inter ingenuas, & opulentiores ex diuitiis, & opulentiore fortuna esse distantiam. Et postea subiicitur: Humiles vero, abiectasque personas eas tantummodo mulieres esse censemus, &c. C. de incest. nupt. Licet etiam hodie de iure ciuili nouiss. Auth. ab Imperatoribus Christianis condito, cum ancilla contrahere possit, vt proxime ostensum est, & gloss. in d. l. Humilem, allegat ad hoc text. in c. Legimus, 93. distinct. in quantum scilicet text. inter cætera post medium inquit: Potentia diuitiarum & paupertatis humilitas, sublimiorem vel inferiorem Episcopum non facit, & sunt originaliter verba Beati, & gloriosi Hieronymi, ad Eugenium Episcopum, per quem textum ibi gloss. in verbo, Paupertatis, infert, quod mulier propter paupertatem non dicatur humilis vel abiecta, *& citat ad hoc dict. l. Humilem.*

5 Qua † fronte ergo quidam simplices Nobiles, qui tamen priuati homines sunt, si non fuerint in aliqua dignitate, vel publica administratione constituti. *c. Qui contra Ecclesiæ pacem*, 24. *quæstion.* 1. *per quem textum infert ibi glo.* 2. *quod illi dicantur priuati, qui non sunt in dignitate constituti*, attentare audent inuehere contra huiusmodi & similes nuptias, omni iure, & diuino, & humano, & ita à Deo ipso, Papa, & Imperato. approbatas, spiritu superbiæ siue ambitionis absque dubio principaliter inducti, & ita intendendo detrahere viribus & potentiæ Matrimonii à Deo instituti? Quod si memores essent sententiæ Sancti Petri, 1. cap. 6. inquientis: Deus resistit superbis, humilibus vero dat gratiam, & eam ad animum reuocarent, absque dubio se ab illis conatibus continerent, & non reputarent se maiores esse ipso † Imperatore, fonte nobilita- 6
tis, attento etiam quod filius natus in matrimonio ex patre nobili, licet mater non fuerit nobilis, vere & proprie nobilis sit: quum pater & non mater nobilitet, quia extra libertatem vel seruitutem in omnibus aliis
† filius sequitur conditionem patris, & non matris. l. 7
Cum legitimæ. Vbi dicitur: Cum legitimæ nuptiæ factæ sint, liberi patrem sequuntur. ff. de statu hom. Sequuntur enim liberi conditionem patris, quo ad familiam, id est, agnationem. §. 1. vbi dicitur in fin. qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur, & exponit ibi gl. verbum, Familiam, id est, agnationem, Instit. de leg. agnato. tutel. Item quo ad dignitatem. Item quo ad honores, *vt l. Eos, l. Exemplo, & l. Nullius. Cod. de decurio. & eorum fil. lib.* 10. *l. Liberos. ff. de senat. cum multis concord. citatis in gloss. in dict. l. Cum legitimæ, & in l. Partum.* & ibi pulchre Cyn. C. de rei vendica. & per text. in d. l. Liberos, in fi. dum inquit: Sed si ex filia Senatoris natus sit, spectare debemus patris conditionem, & dicit Bald. ibi nota. contra milites, qui dicunt se habere nobiles matres, quia nobilitas non procedit ex genere materno, sed paterno. vt hic, cum similibus, & ideo Bald. in l. fina. vbi etiam est casus, quod filius sequatur conditionem patris. C. de seruis fugit. determinat, quod quo ad nobilitatem generis quis sequatur patrem, & non matrem, cum nobilitas sit quædam dignitas à parentibus deriuata. Ideo à potentiori causa denominatur.

Certum autem est, quod potentior est forma, quam materia, cum forma sit agens, materia vero patiens, vt omne agens nobilius sit patiente. Item quia cum mater quo ad dignitatem cedat marito. *l. Mulieres. C. de dign. lib.* 12. & partus eius cedit. Sequitur ergo secundum eum, quod non dicatur quis nobilis respectu generis materni, sed paterni: non tamen hoc intelligẽdum est, quod simplex nobilitas sit dignitas proprie loquendo, vt ex supradictis claret. Imo d. l. Exemplo, in fin. dum dicit: Neq; vlla pro more prouinciæ referri sinatur exceptio. Bart. ibi notat, in hæc verba prorumpens: Ex vltima parte nota, † quod 8
non valet consuetudo, nec per consequens statutum, quod quis censeatur nobilis vel ignobilis ex progenie materna: reprobatur enim consuetudo, quæ contrarium induceret. Subiungens; Hoc esse notandum, & perpetuo menti tenendum. Item indubitatum est, quod liberi nati ex concubina, siue soluta, cum qua tunc temporis poterat esse matrimonium, sint causa, vt postea cũ ea matrimonium contrahatur, ita quod legitimentur, & efficiantur sui, & legitimi hæredes patri. Tex. est nota. licet vulgaris in l. Cum quis, vbi dicitur: Cum enim affectio prioris sobolis, & ad dotalia instrumenta efficiendum, & ad posteriorum filiorum edendam progeniem præstitit occasionem, quomodo non est iniquissimum &c. *Et l. seq. ibi, sed etiam anteriores, qui & his, qui postea sunt nati, occasionem legitimi nominis præstiterunt. C. de natura. libe.* quod autem vera, & communis sententia dd. tam iuris Canon. quam ciuilis sit, scilicet quod filij legitimati per subsequens matrimonium, succedunt etiam in feuda, prius plusquam abundanter ostensum est. *Nam ita communiter tenent Canonist. in c. Lator, & cap. Tanta, qui filij sunt legitimi. in §. Naturales. in tit. Si de feud. fue. controuer. inter dom. & agnat. vasal. & in aliis locis a-*

lias

tias adductis per optima fundamenta,& rationes, quæ hic repetere su-
5 perfluum esset. Item plus quam † certum est, quod inter cæteras vires, & potentias matrimonii, hæc est vna ex præcipuis, quod nedum de iure positiuo, sed etiam diuino filius sit hæres patris sui, vt habetur Deuter.27. vbi dicitur: Si homo mortuus fuerit, transibit hæreditas eius ad filios suos.& Apost. ad Rom.8. Si filius, ergo hæres,& ideo filii in potestate dicuntur, seu hæredes, pro tanto, quod etiam quasi domini rerum paternarum viuo patre
10 vocentur, & † in eis solum dicitur continuari possessio. *l. In suis. ff. de liber. & posth. §. Sui, Instit. de hær. qualitate, & differentia*, quod procedit nedum in bonis allodialibus. *l. Licet. §. Patrono. ff. de verb. sign.* sed etiam in feudis. Ita singulariter decidit Bald. in l. Cum antiquioribus *in 7. colum. ver.* 10. C. de iur. delib. *Seq. & ref. D. Ias. in l. Quoties. C. de rei vend. post pr. 8. colum. versi. Nota etiam perpetuo, & nunquam obliuiscaris*, quod scilicet in feudis filius viuo patre intelligitur inuestitus, & quod sic in eum continuetur possessio sine alia inuestitura, *& subiungit D. Ias. quod est singularis limitatio ad regulam l. cum hæredes, in princ. ff. de acquir. possess.* Idem in effectu vult Bal. *in c.1. ad finem penult. colum. versi. Ego cogitans. in tit. An mutus, vel aliter imperfectus, &c.* videlicet, quod filius qui est suus hæres, viuo patre dicatur feudatarius, cum sit eadem persona cũ patre: & alleg. gl. magnam. in l. Si is qui duos. ff. de liberatio. legat. Subiungens: Quod per mortem patris filius non dicatur succedere, vel acquirere, sed retinere feudum, *per d. l. In suis, & d. §. Sui.* & hoc fortius procedit in feudis antiquis, quam in allodialibus, cum ius feudi eiusmodi non solum competat filiis ex paterna successione, sed etiam primi acquirentis. & ita vult expresse glossa in c. fin. in glo. fin. quam Bald. ad hoc notat, in titu. de feu. cognit. vbi text. inquit, feudum neminem posse acquirere, nisi inuestitura aut successione, in quantum dicitur successione, ait glo. istud posse habere locum in cohæredibus, & non in filio, cum patri succedat, nimirum, quia etiam viuente patre dominus intelligitur, per d. iura subiungens. Ex his ergo colligitur, quod filii non acquirunt succedendo patri, sed acquisitum capiunt. & dicit ibi Bald. tene menti pulchrum, & sapidum modum loquendi. Et sic vult, quod materia suitatis habeat etiam locum in feudis, *quam ad hoc ibi signat Alexand.* Ideo filii Comitum etiam viuente patre dicuntur Comites, ex quo sunt iam domini, & sola administratio eis deest, *secundum Andr. de Isern. in cap. 1. in princip. in tit. de feudo Marchio. Panor. in d. c. Tanta. Ita etiam expresse dicit gloss. in c. fin. in gloss. 1. 2 4. quæst. 1.*

Ex quibus omnibus iam patet, Responsionem datam ad primam quæstionem, esse iuri consonam, videlicet, quod huiusmodi ordinatio siue statutum, vt filii legitimati per subsequens matrimonium, non succederent in bonis feudalibus &c. de iure multis ex causis condi siue fieri non possit, & quod si fieret, esse nullius roboris, nec momenti. Et primo ex causa ea. Nam cum nedum substantia matrimonialis sit de iure diuino, sed vis etiam siue potentia, seu virtus eius: cum etiam de iure diuino, vt supra ostensum est, imo de iure naturali, id est, suadente ratione naturali, & sanguinis coniunctione, filii legitimi & naturales, cuiusmodi sunt etiam legitimati per subsequens matrimonium, sunt hæredes patris. *l. Scripto. ff. Vnde libe. l. Cum ratio. in princip. ff. de bonis damnato.* Et quod legitimati per subsequens matrimonium etiam sint legitimi, iusti, & sui hæredes, & in potestate patris, probatur in d. §. fin. & in d. §. Si quis autem, & in d. l. Humilem & hæc nedum in allodialibus, sed etiam in feudalibus, quia d. §. Sui. & d. l. In suis, habent etiam locum in bonis feudalibus, *secundum d. gloss. fin. in d. §. fin. communiter approbatam.*

Sequitur euidenter, quod eiuscemodi ordinatio, sanctio vel statutum, directe etiam tenderent in præiudicium & diminutionem virtutis, & potentiæ matrimonii, & per consequens, quod talis ordinatio esset ipso iure nulla, & sine omni effectu, potissimum attento, quod etiam de iure diuino, vt liquido probatũ est, filii antea nati per subsequens matrimonium legitimentur. Nam negari non possit, quod si talis ordinatio valeret, quod matrimoniũ illud contractum cum concubina, vel soluta, ex quo prius nati essent filii, non esset verum matrimonium, vel saltem inualidaretur, quo ad filios prius natos, quia si esset verum, ita succederent in feudis, sicut legitime nati in matrimonio, & ideo hoc statui coram disponens circa substantiam, vel in res matrimonii, ipsum scilicet inhibendo, vel vires eius diminuendo, seu inualidando, non teneat, sed habeatur ex defectu potestatis statuentium, pro non facto. *Ita probatur per tex. ibi, in c. 1. & quod ibi notat Innocen. Anth. de Butr. Pan. & Feli. de sponsalib. & matr.* Et Frider. de Senis, in Cons. 175. tenet, quod generaliter statuta & ll. Laicorum circa matrimonium, penitus nihil valeant: Cum ista materia non sit de foro seculari, sed Ecclesiastico. c. Tuam. de ordin. cogn. vbi est casus, & pulchre ibi Pan. in 2. not. quod causa matrimonialis spectet ad Iudicem Ecclesiasticum, nõ solum quando agitur inter ipsos coniuges, & disputatur de validitate matrimonii, siue coniugii, *vt de desponsa. per tot.* sed etiã quando principaliter tractatur de legitimatione filiorum, cum decisio eius dependeat ex valetudine matrimonii, *& probatur quasi per tot. qui fi. sunt legit.* & est ibi ratio secundum Innocen. Quia Iudex secularis, seu laicus de nullo spirituali, nec principaliter, nec incidenter cognoscere potest. *cap. Decernimus. cap. Quando, de iudiciis. c. Lator, qui filij sint legitimi.* Item Panorm. ponit ibi aliam rationem, quia matrimonium est vnum de septem sacramentis Ecclesiæ. *c. debitum. de Bigamis. notat glo. in c. Venient. de transact.* merito ergo non laicus, sed Ecclesia habet de eo iudicare. Item matrimonium fuit inductum de iure diuino, & non ciuili, ideo ad Vicariũ ipsius instituentis, seu deputatum ipsum pertinet cognitio, non ad alium, quanto minus laici quacunq; dignitate, vel potestate præditi sunt, propter scilicet defectum potestatis eorundem circa matrimonium statuere, vel legem facere possunt, quod scilicet filii nati per subsequens matrimonium, nõ sint capaces bonorum feudalium, cum hoc nihil aliud esset, quam legem seu statutum circa earundẽ legitimationem condere, quod scilicet huiusmodi filii non essent legitimi, quo ad bona feudalia, quod tamen non possunt statuere laici. Hinc pulchre inquit Bald. in l. 2. 2. oppositione, quod d. l. 2. hodie non obtineat locum, nec de iure fori, nec de iure poli, quia ius ciuile cedit iuri Canonico in materia matrimoniorum. C. de inst. & substitu. & in specie Antho. de Butr. in d. c. 1. dicit, quod d. c. procedat etiam quo ad hæreditates temporales, quia materia Ecclesiæ est, vt patet in d. c. Tua, & in d. c. Per venerabilem, quæ fortificantur, cum etiam statutum laicorum imponens tantum pœnam, auferendo scilicet lucrum, quod lex secularis attulerat, non valeat. *Ita sentit singulariter gl. ibi, Credo & illud, 36. qu. 2. c. de puellis. Idem vult Frider. de Senis, in d. Consil. Sequitur & refert Panor. in d. cap. 1. in 2. colum. versi. Quandoque statutum imponit pœnam, auferendo, &c.* Idem tenet Panor. in c. Ecclesiæ S. Mariæ, *in 6. colum. versi. Quintus casus*, & ponit ibi rationem, quia conferendo lucrum, videtur intimidare matrimonium. Ita quod rapta non erit iam libera ad contrahendum matrimonium, timore pœnæ legis, de constitutio. Licet Anthon. de Butri. ibi velit contrarium, tamen in hoc non est in præsentiarum vis, cum hic non tractetur de tali lucro, suffi-

ciat istis luce clarius ostensum esse, tale statutum à laicis
nullo modo fieri posse.

Item ex quo per huiusmodi statutum non intimidare-
tur matrimonium contrahi cum concubina, infertur, &
secundo ipsum tanquam à iure reprobatum non valere,
11 cum † matrimonium debeat esse liberum, *c. Cum locum*, &
tanta libertas in matrimonio requiritur, quod promissio
pœnalis non valeat. *c. Gemma. de sponsal. & matrimon.* & ideo
12 communis opinio dd. est, quod † statutum imponens
pœnam contrahendi matrimonium cum filiafamilias si-
ne consensu patris, non valeat, & quod huiusmodi pœ-
na vigore statuti coram Iudice seculari peteretur, Iudex
secularis ei inhibere possit ne procedat: & est ratio secun-
dum eos, quia ideo pœna prohibetur opponi in matri-
monio, ne impediatur libertas. *d. c. Gemma cum cõcordantiis.*
debent enim matrimonia plena securitate gaudere, *vt di-
cit tex. ad literam in d. c. Cum locum.* Quare, vt iam proxime o-
stensum est, *post Anthon. de Butr. in d. c. 1. de sponsal.* non potest
etiam Lex ciuilis in suo foro impugnare substantiam ma-
trimonii, nec excludere filios tanquam non legitimos,
ex quo lex approbat matrimonium, *& ita etiam vltra prius
allegata tenent Petr. de Anch. in repetitione c. 1. de constitutio. D. Alex.
in d. c. 1. in colum 3. vers. Circa prin. cum concordantiis,* & quod ta-
le statutum non valeat, licet sit fundatum in bono publi-
co, ad vitanda scandala, & habeat in se optimam ratio-
nem, tenent post Ioan. Andr. (ex quo negari non possit,
quod huiusmodi metus pœnæ impediat matrimonium
contrahi saltem indirecte, non debet valere per id, quod
habetur in c. Statutum de hær. in 6. vbi reprobatur statu-
tum laicorum, per quod directe vel indirecte impedia-
tur negocium inquisitionis hæreticæ prauitatis) Petr. de
Ancho. Domini. & Philip. Franc. in d. cap. Statutum. An-
thon. de Butr. & Panorm. in d. c. 1. & ibi Felin. *in 4. column.
in princ. versi. Quarta declaratio, cum sequ. cum multis concordantiis.*
licet Bald. in hoc tenuerit contrarium in Rub. de consti-
13 tutio. & in l. Omnem. Cod. ad Tertu. vbi dicit. † Quod
contrahere matrimonium sine consensu patris, sit con-
tra bonos mores hominum, maxime prudentium, &
quod inducat odium capitale, &c. Nam, *vt dicit Felin. in d.
c. 1. in prin. 2. colum.* opinio Ioan. Andr. in d. c. Statutum, est
communiter approbata, quia cum per Canones conce-
datur filiis, vel filiabus libera potestas nubendi, non po-
test illa metu pœnæ coarctari, & ideo ista facultas libere
contrahendi matrimonium concessa à Deo, non est re-
stringenda aliquo colore per potestatem secularem, hinc
est, quod ll. imponentes pœnas contra secundo nubeon-
tes, sunt sublatæ. *c. penult. & vlt. de secundis nuptiis.* Non enim
videtur probabile, quod is potest statuere super accesso-
rio, qui non possit super principali, quia sic indirecte im-
pediretur ipsum principale, ad alterius forum pertinens,
*contra cap. fin. de immunita. Eccle. & regul. capital. cum quid, in Reg.
iur. in 6.* & dato defectu potestatis nihil operari potest ra-
tionabilitas, vel iustitia statuti. *d. c. Ecclesia*, & metu pœnæ
non potest auferri libertas matrimonii contrahendi. *l.
Titio centum. §. 1. ff. de conditio. & demonstrat. &c.* Et ex istis *secun-
dum Felin. in d. c. 1.* apparet solutio adducta pro contraria o-
pinione; atque latius respondet ibi D. Præpositus, quæ o-
mnia hic recensere esset omnino superfluum, & sic non
obstat l. Paulus, cum similibus. ff. de statu homi. quia in
istis spiritualibus ll. non dedignantur sequi sacros Cano-
nes, *in d. cap. fin. de secund. nupt. cap. intelleximus. de Iudic. cap. 1. de
noui operis nunciati.* & D. Alexan. in d. c. 1. in princ. 4. colum.
dicit: Quod prima opinio, scilicet Ioan. Andr. sit magis
communis, quia negari non possit, quin propter huius-
modi pœnas intimidaretur matrimonium, & adducit
etiam quæ notat in simili Bald. *in l. Vera. Cod. de his quæ pœ. no.*
Bald. & Ang. *vt in l. 1. ff. Vt in ius voca. caut*, dum concludunt,
quod sicuti non valet statutum contra Clericos dispo-
nens, ita nec contra affines eorum, ad mutandum ipsos
Clericos. Imo dato, quod opinio Bald. in d. l. Omnem,
esset vera, prout tamen non est vera & communis, ta-
men adhuc non valeret ordinatio, de qua in proposito
disputatur, quia licet etiam de iure Canonico honestum
sit, quod filia contrahat matrimonium, cum consensu
siue arbitrio parentum. *cap. Honoratum. 32. quæst. 2. & quæst.
3. cap. 1.* & † quod liberi male faciant, & grauiter pec- 14
cent contrahentes matrimonium contra voluntatem,
vel consensum parentum, tamen secundum omnes Do-
ctores vtriusque scholæ valet matrimonium sine con-
sensu parentum contractum, cum solus consensus suf-
ficiat ad substantiam matrimonii. *cap. sufficiat. 27. quæst. 2. &
d. c. 1.*

Nec aliquis scribentium, vel Canonist. vnquam dixit
contrarium, & per consequens statuto Laicorum, nec l.
Imperatoris, induci posset, quod si contrahatur matri-
monium sine consensu parentum, vel cum tali muliere,
quod matrimonium illud non habeat vires, quo ad suc-
cedendum, vel quo ad alium effectum matrimonii, &
hoc est sine dubio. & idem pulchre etiam decidit Bald.
in l. Nemini. ver. Quæritur vtrum. Cod. de nupt. quod
non valeat statutum Florenti. disponens, quod nullus
de Florentia possit sub pœna aliquam ducere in vxorem
de nobili domo de Petranolla, &c. Et vult plus ibi Bald.
quod tale statutum non possit facere filium illegitimum
quo ad successionem, & quod contrahentes non de-
beant puniri pœna statuti, in quantum scilicet conclusi-
ue inquit, &c. vt notatur in c. Statutum, de hæred. in 6. in
nouella.

Nam ibi aperte concluditur, † quod statutum, per 15
quod improbatur saltem per indirectum libertas matri-
monii contrahendi, non valeat. Et sic Bald. in d. l. Nemi-
ni, tenet etiam expresse opinionem Ioan. Andr. præcise,
& in terminis facit ad materiam nostram, quod scilicet
statuto siue ordinatione non possit induci, nec statui,
quod filii nati, & per subsequens matrimonium legiti-
mari, non habeantur pro legitimis, quo ad succedendum
in bonis feudalibus, præsertim in antiquis, & multo ma-
gis quo ad succedendum in aliis bonis patri, cum huius-
modi feuda, vt supra tactum est, non habeant ex perso-
na patris tantum, sed etiam ipsius primi acquirentis ea.
Accedit etiam nota. decisio Petr. de Ancho. in Consil.
20. *incipienti. Pro solutio. dubiorum quæstio quæ vertitur, &c. Quod
refert & sequitur Alexand. de Imo. in Consil. 97. incip. Principalis du-
bitatio mihi consistere videtur, in 4. column. versic. Pro ista parte. in 1.
volum.* vbi concludit: Quod virtute statuti disponentis,
quod fil. sub pœna priuationis, successionis in bonis pa-
tris & matris, & sine eorundem consensu nubere non
possit, filia nubens sine consensu patris & matris, non ex-
cludatur à successione eorum, & quod per filium possit
agi etiam contra patrem, vt ei constituat dotem, non ob-
stante tali statuto, & dicit, quod d. c. Honorantur, & a-
lii Canones, requirentes consensum parentum, sint de
honestate, & non de necessitate, *vt dict. cap. Sufficiat, cum ibi
notatis. &c.* Item subiicit, prædictum statutum etiam non
valere ex eo, quia imponit pœnam ex causa, quæ hone-
stati congruit, *dict. cap. Honorantur, iuncto cap. Erit autem lex. 4.
distin.*

Quia postquam per iura Canonica est concessa libe-
ra facultas contrahendi matrimonium sine consensu pa-
terno, non videtur posse per ll. & statuta talis libertas &
potestas metu pœnæ coarctari, &c. Subiungens: quod
non debeat per indirectum prouideri circa id, quod
prin-

principaliter directe non poterat. *c. Veniens. de iureiuran. pro quo etiam adducit, quod habetur in dict. cap. Gemma, & in d. c. Titio centum.* §. 1. & benefacit, quod etiam de iure ciuili matrimonia debeant esse libera ab omni pœna. Ideo stipulationes, in eo adiectæ reprobantur. *l. Titio. in princ. & ibi Legist. ff. de verb. oblig.* & ideo sicut non valet statutum, si disponeret inualidando ipsum principale, scilicet matrimonium: ita non valet, si disponat pœnam contrahenti matrimonium, *vt probatur in l. Seius & Augerius, cum ibi not. ff. ad leg. Falcid.* Item certum est, quod pœna apposita in matrimonio impediens libertatem matrimonia contrahenti, non valeat tanquam contra bonos mores, *dict. leg. Titio & not. in dict. cap. Gemma.* Ergo nec statutum quoquo modo impediens libertatem matrimonii, non valet, te-
16 net consequentia, quia † bonum est argumentum à pacto ad statutum negatiue; Vt illud non potest fieri pacto, quia est contra bonos mores. Ergo nec statuto fieri potest. *Ita not. gloss. in Rub. C. de Decret. decur. Bartol. in repetitione l. Aut populi, in 3. q. principali. ff. de iust. & iur. Canon. in c. fin. de consuet.* & per ista licet plura alia adduci possent, quæ breuitatis causa omittuntur, inconuincibiliter sequitur, non posse, præsertim à potestate seculari, statui siue ordinari, quod filii per subsequens matrimonium legitimati non succederent in bonis feudalibus, præsertim antiquis, & auitis, cum esset valde pœnale statutum, & libertatem matrimonii contrahendi cum concubina impediens, & vergeret, nedum in diminutionem matrimonii à Deo instituti, sed etiam in damnum filiorum antea natorum, qui per subsequentis matrimonii vim, & potentiam vere legitimati sunt, & non minus nobiles, quā nati ex nobili patre in matrimonio, nō obstante quod mater non fuerit nobilis: quod sine omni scrupulo procedit, quando fuit
17 honesta mater. Quia † nobilis est qui bonos mores habet, & ignobilis est, qui malis moribus laborat. *d. l. Humilem, & ibi Bald.*

Item & tertio, ex quo, vt liquido ostensum est, huiusmodi ordinatio esset causa peccati, & peccatum nutriret, & daret occasionem, nedum peccandi & veniendi contra præceptum diuinum, sed etiam permanendi in peccato, & ita in concubinatu, & fornicaria vita: sequitur clarissime, quod à nulla potestate etiam suprema fieri possit, & quod etiam statuentes grauiter peccarent: Maxime si de facto cōtra iuris diuini, & humani prohibitionem eam seruari attentarent. Ista sunt adeo clara, quod
18 non egeant aliqua vlteriori discussione, † cum omnis lex, siue ordinatio debeat esse honesta & iusta. *d. c. Erit autem lex, 4. dist.* & honestas maxime desideratur *c. Porro. 35. q. 3. quod allegat glo. 1. in d. c. Erit autem lex,* & est ius dictum, quia iustum est. *c. ius generale. 1. distin.* & Esaias in prin. c. 10. c. in hæc verba prorumpit, dicens: Væ qui condunt leges iniquas, & scribentes iniustitiam scripserunt, &c. cum darent materiam peccandi, & diuinum præceptum transgrediendi: Lex enim debet esse sancta, & matrimonium sanctum, & bonum est secundum Apostolum, &c. Et
19 quid plura? † cum omnis lex, siue constitutio etiam alias publicam vtilitatem continens, quæ tamen est peccati nutritiua, seu quæ repugnat saluti æternæ, non valet, nec seruanda est. *c. fin. de præscript. c. Possessor. de Re. iur. in 6. c. fin. de* consuetudine, vbi dicitur: Cum tanto sint grauiora peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanæ mentis intelligit naturali iuri, cuius transgressio periculum salutis inducit, quacunque consuetudine (quæ dicenda est verius in hac parte corruptela) posse aliquatenus derogari, & ponitur ibi ius naturale, pro iure diuino, *vt patet ibi ex gloss. & notatur ibi per dd.* & consuetudo, siue lex debet esse rationabilis. *d. cap. fin.* Et sic si constitutio est irrationabilis, non tenet, &c. & dicitur irrationabilis, si repugnet saluti æternæ, vt probatur per text. in c. Consuetudo, in vers. Porro, 1. dist. vbi dicitur: Porro si ratione lex consistet, lex erit omne id, quod & ratione constiterit duntaxat, quod religioni conueniat, quod disciplinæ congruat, & subiicit: quod saluti proficiat, per quem text. claret, vt notant etiam ibi dd. quod non sufficiat ad hoc, quod lex debite posita, quod ratione consistat, sed vltra hoc debet conuenire religioni, & congruere disciplinæ, & ad salutem proficere. † Lex 20
enim non fouere, sed corrigere peccata debet. *l. 1. ff. de leg.* & ideo communis & vera est sententia dd. quod non valeret statutum etiam expresse disponens, quod possessor malæ fidei præscriberet, *vt attestatur illustris Domin. Alex. de Imol. in Consil. 69. incipien. In causa, & lite vertente inter Roman. in 3. colum. ante fin. versicu. Non obstat, etiamsi decerneretur, statuto caueetur, in 3. volu.* & ad propositum nostrum optime alludit, quod dicunt dd. post Innocentium, in dict. cap. Lator, qui filii sint legit. videlicet posito, quod secundum Canones tantum esset prohibitus concubinatus, *vt cap. Nemo, 32. quæst. 4.* tamen attento in his quæ tangunt peccatum, Lex ciuilis submittat se Cano. *vt in Authent. Quomodo oportet Episcopus, in princip. & in Auth. de Ecclesiasticis titu.* & in Auth. Vt Clerici apud proprios Episcopos. §. Si vero Ecclesiæ. infertur, quod concubinatus, eo quod vertitur peccatum, dicatur prohibitus etiam de iure ciuili. *Quod etiam refert & seq. Alexand. de Imo. in dict. Consil. 69. in fine 3. colum. versic. Præterea & primo,* quanto fortius ista procedunt, cum concubinatus, vt copiose ostensum est, nedum de iure Canonico, sed etiam diuino prohibitus, quapropter etiam fornicator de iure diuino excommunicari debet, vt inquit Aposto. 1. Corinth. 5. Si is qui frater nominatur, inter vos est fornicator aut auarus, cum huiusmodi nec cibum sumite; quid enim mihi de his qui foris sunt iudicare. Hinc etiam Bartol. & communiter Doctor. sequuntur in l. 3. ff. de testam. conclu-
dit: † Quod non valeat statutum disponens, quod spu- 21
rius succedat patri, cum tale statutum esset contra ius diuinum, & incitaret ad peccandum. & secundum Bart. & dd. in d. l. Seius & Augerius, per text. ibi, inferunt, quod sicut statutum non potest disponere, vt spurius succedat ab intestato patri, ex quo sit contra ius diuinum, & inuitat ad peccandum, ita etiam non possit disponere, quod alicui patris hæreditatem petenti non possit opponi exceptio, quod sit spurius, quia permitteretur per indirectum, quod directe fieri non debet, vt ibi, & ideo cum fornicatio siue concubinatus sit contra ius diuinum, & omnes fornicarii peccent mortaliter, & prædicta constitutio ad fornicandum, vt apparet, inuitaret, & induceret, sequitur quod etiam secundum vulgatam & tritam Regulam, quæ habet, quod nullus quantacunque potestate præfulgeat, contra hoc ius diuinum, & præceptum morale, statuere possit. *d. cap. Quidam sunt. 25. quæst. 1. & per regulam traditam per Bart. in d. l. Omnes populi, in 3. quæst. princip. versic. Vt causa legis,* videlicet, quod non valeat lex, vel statutum contra ius diuinum, quando causa legis, vel statuti, non excludit peccatum, &c. Sed quæcunque causa assignari possit, non excluderet in præsentiarum, quod concubinatus esset peccatum, Ergo, &c. Quare etiam ex solo illo capite patet, quod huiusmodi ordinatio, cum incitaret ad transgrediendum præceptum DEI, & daret materiam fornicandi, & ita peccandi, non valeret: quanto fortius de iure non valeret propter prædictas tres causas, copulatiue concurrentes, cum quælibet earum per se sufficeret, &c.

THEMA

THEMA CONSILII LVII.

Saluus conductus datus marito, extenditur ad vxorem & familiam. Item contra dominum mandantem deiici vxorem vasalli de possessione, potest agi pro interesse, quanti scilicet interest vasalli vxorem vi deiectam non esse. Item ipsi deiicientes tenentur, si sunt plures, in solidum ad pœnam. Item licet vasallus agens contra dominum, non opus habeat impetrare veniam, nō tamen debet contra illum proponere famosam actionem, nisi dominus commiserit aduersus vasallum vim armatam. Item, vbi est continentia causarum, vel actiones ex eodem facto competunt, debet agi coram vno Iudice. Et vtrum possit vasallus dominum conuenire in alio loco, quam coram Paribus Curiæ. Et qualiter dominus vltra restitutionem possit condemnari ad pœnam, & interesse, &c.

SVMMARIA.

1 *Violentia illata vxori, dicitur illata marito.*
2 *Stipulatio licet sit contractus stricti iuris, tamen extenditur ad personam in ea non comprehensam, quando aliter non potest habere effectum.*
3 *De adhærentibus idem est Iudicium, quod de principali.*
4 *Iniuria facta sponsæ, intelligitur facta sponso.*
5 *Iniuria infertur in bonis, & pro sola violentia turbatiua in bonis, potest agi actione iniuriarum.*
6 *Insultans ante domum alicuius, tenetur actione iniuriarum.*
7 *Vi introiens domum alienam, tenetur l. Cornelia, de sicariis.*
8 *Vi extractus de domo, debet relaxari, & pristinæ libertati restitui.*
9 *Quando plures delinquunt, quilibet in solidum tenetur ad pœnam: & pœna vnius alios non liberat.*
10 *Regulariter disposita in libertis, vendicant sibi locum in vasallis.*
11 *Vasallus potest vocare dominum in ius non impetrata venia, non tamen contra illum debet intentare famosam actionem, sed loco eius potest vti actione in factum.*
12 *Vt competat interdictum Vnde vi, sufficiet quod tempore deiectionis possederit corpore, vel animo.*
13 *Vi deiiciens, si est dominus, priuatur dominio rei, si est aliena, tenetur post restitutionem & æstimationem rei.*
14 *Quando dicatur vis cum armis facta.*

CONSILIVM LVII.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: princeps N. vnum ex vasallis à præcessore inuestitum de feudo, contra datam illi securitatem mandauit possessione spoliari, & vi armata ipsius vxorem & familiam expelli. Cuius violentiæ nomine prædictus vasallus agere intendit contra dominū, qui deiectionem mandauit, & etiam contra ipsos deiicientes. Circa quod de pluribus contingit dubitare, de quibus in Themate ponitur. Et licet pro discussione eorum multa adduci possent, tamen supradictæ Responsiones ibi positæ, stante scilicet narratione facti in veritate, breuiter clare ostenduntur. Nam & primo indubitati iuris est, quod virtute illorum verborum in saluo conductu positorum: Demnach so geben wir jhme dem gedachtē N. dasselbig vnser frey sicher vnd vngefehrlich Geleyd/ zwischen hier vnnd N. Tag/ ꝛc. Hiemit gegenwertiglich inn krafft dieses vnsers Brieffs / gegen menniglichen / im fall der Notturfft / seiner Gelegenheit nach zugebrauchen / ꝛc. Maxime iunctis præcedentib. verbis, &c. princeps mandando huiusmodi spoliationem, & deiectionem vxoris, & familiæ de prædicta domo &c. dicatur venisse contra huiusmodi saluum conductum suum, non minus quam si ipsum propria sua persona offendi, seu lædi mandasset. Non obstante, quod in huiusmodi saluo conductu nulla penitus fuerit facta mentio de vxore, & familiæ: & hoc probatur, non eundo per mendicata suffragia. Cum † iniuria, siue violentia illata vxori, dicatur etiam illata 1
marito eius, pro tanto quod marito suo nomine Actio iniuriarum contra iniuriantem competat, per text in l. Si stipulatus fuero, per te non fieri ff. de verb. obli. vbi deciditur: Quod si Titius fuerit stipulatus à Gaio, vt liceat sibi vti illa domo, & Gaius non prohibeat Titium hac domo vti, sed vxorem eius, quod tamē committatur stipulatio, quia latius debent illa verba accipi. & dicit ibi gloss. vt committatur vtroque casu, &c. Imo & text. postea extendit se, subiungens: Nam etsi stipulatus fuero, quo minus mihi via, itinere actuque vti liceat, & si non me, sed alium nomine meo ingredientem prohibeas, sciendum est committi stipulationem. Et sic est ibi text. ad literam; Quod † stipulatio licet sit contractus stricti iuris, pro 2
tanto, quod quicquid in ea omissum sit, habeatur pro omisso. *leg. Quicquid astringenda, in prin. ff. de verb. oblig.* tamen extenditur ad aliam personam, in stipulatione non expressam, nec comprehensam, quando ipsa stipulatio aliter commode nō posset habere effectum. Clarum enim est, quod stipulatio, qua quis stipulatur sibi licere vti tali domo, vel vti via, non haberet commode effectum, si vxor eius vel egrediens iussu eius, vti non posset. Ideo iure ex isto casu extendit eam ad aliam personam, sine qua commode non posset habere effectum, prout est vxor, item familia. per quem text. Bald. in Consilio 414. *incip. Concessus fuit saluus conductus.* in 5. part. decidit in specie: Quod saluus conductus fuit concessus T. & M. & eorum cuilibet veniendi ad ciuitatem Astens. cum equis 10. & totidem personis, & quod alter eorum miserit vxorem suam ad ciuitatem cum totidem personis, & rebus, & quod res fuerint ablatæ & arrestatæ, quod tamen dicatur securitas fracta, licet de vxore non fuerit facta mentio in securitate, &c. inducendo ad hoc d. leg. Si stipulatus fuero, per te non fieri, vt supra inducta est, & ibi latius per eum. Illam decisionem refert & sequitur etiam Dn. Iaso. in d. l. Si stipulatus, per quem text. decidit etiam Angel. in l. Quæ religiosis. ff. de rei vend. quod si verba pacis factæ cum inimico sint concepta in vnam personam, tamen includuntur adhærentes, si pax sine adhærentibus non posset alias habere effectum, & ad hoc etiam adducit d. leg. Quæ regiliosis, dum dicit, in princip. Quæ religiosis adhærent, religiosa sunt. Et † sic est idem iudicium de 3
adhærentibus, quod de principali. Sed nemo adhæret viro, quam vxor eius. Ergo, &c. *allegat etiam ad hoc leg. 1. §. Cleare, in quantum ibi cleare appellatione & tub. & fistulæ. ff. de clea.* & subdit Angel. Adhærentes includuntur, etiamsi verba sunt concepta in personam, si paciscenti non possit esse pax sine adhærentibus, per dict. leg. Si stipulatus fuero, per te fieri, vbi, vt patet, verba mere in personam fuerunt concepta, & l. Aduersus, vbi committitur pœna, si petatur à fideiussore, à quo quis petere prohibitus sit. ff. de arbit. l. fi. C. fi. vbi delatio concessa Reo porrigit suum effectum etiā ad fideiussores, alias enim esset sine effectu. C. de vsu. rei iud. cum aliis per eum alleg. & accedit ad propositum

positum taxt. valde notat. in l. Offa. §. fin. Vbi est casus, quod habenti ius inserendi in locum competit actio in factum, vel interdictum, non solum si ipse fuerit prohibitus inferre, sed etiam si procurator eius prohibitus fuerit, & assignat text. ibi rationem, inquiens: Quia intellectu aliquo, & ipse probibitus videtur. ff. de re. & sumpt. fun. Item indubitetum est, cum iniuria &c. & non solum ipsi vxori, nec vna illarum actionum per aliam intentatem consumitur, l. 1. §. fin. vbi dicitur: Idem ait, ex vna iniuria interdum tribus oriri iniuriarum actionem, neq; vnius actionem per eliam consumi, vt puta vxori meæ, filiæfamilias iniuria fecta est, & mihi, & patri eius. & ipsi iniuriarum actio incipiat competere, *& l. Eum qui. §. Si nupta. ff. de iniur. §. Patitur autem, ibi, Item per vxorem suam, & ibi, & mariti nomine. Instit. eod tit. & l. 2. C. eod. tit.* Imo † iniuria, siue violen-
4 tia illata sponsæ alicuius, dicitur ipsi sponso illata. text. est in l. Item apud Labeonem. §. Sponsum, vbi dicitur: Sponsum quoque ed iniutiarum actionem admittendum esse puto.

Etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quæcunque sponsæ eius fiat. ff. eod. ti. de iniur. Multo magis quæcunq; iniuria, sine viulentia illeta vxori, spectat ad contumeliam mariti: sunt enim duo in carne vna. Gen. 2. cap. Similiter violentiæ, siue iniuria illata familiæ, ad contumeliam domini illata dicitur, pro tanto, quod dominus nomine suo proprio ad interasse contra inferentem violentiam, siue iniuriam agere possit: Cum dominus pro iniuria subdito illata, ad contumeliam eius, pro suo interesse agere possit. *glo. est notabilis, & ibi Canonist. in c. Autoritate. de priuileg. in 6. Hostien. & Immo. in c. Dilectus. de appella.* & ita etiam expresse determinat Bar. in d. l. 1. §. fin. Quod si iniuria fiat famulo, in contumeliam domini sui, &c. quod tunc pro iniuria cumperat actio iniuriarum ciuilis domino, quasi pro iniuria illate sibi. *per d. l. Item apud Labeonem. in §. pen. & vlt. & bene facit tex. in c. Quarto, cum ibi nota. in glo. fin. de priuileg. & in c. Ad Apostolica, cum l. a gloss in verbo. Offenditur, de sen-*
5 *ten. & re iud. in 9.* Item † expeditum est, violentiam, siue iniuriam cuiq; inferri in bonis suis. d. l. Item apud Labeonem. §. Si quis, vbi dicitur: Si quis bona alienius, vel rem vnam per iniuriam occupauerit, iniutierum actione tenetur, *& l. 2. §. Caium ff. Vi bono. rapto.* Imo pro sola violentia turbatiua potest agi actione iniuriarum. tam ciuili, quam criminali. *l. Iniuriarum actio. la 1. §. Si quis me prohibeat. ff. de iniur.*

Et quid opus est pluribus? cum ille nobilis dicatur offensus eo, quod est factus impetus ante domum, quam
6 habuit à prædecessore illius principis, pro tanto, † quod insultans ante domū alicuius, teneatur actione iniuriarum. *Præterea d. l. Item apud Labeonem. §. Conuicium autem dicitur, ibi ad domum;* si autē introiuerit, tunc tenetur actione ex l. Cornelia, *in princ. ibi, domum suam vi introitam esse dicat, &c. ff. de iniur. Bart. in d. §. Conuicium autem dicitur.* Nemo enim debet inuito domino in domū eius introire, *l. Is qui domum. ff. eod. tit.* nec de ea inuitus extrahi, vel expelli. *l. Nemo de domo sua. ff. de reg. iur. & l. plerique. ff. de in ius vocand.* per quem tex. ibi nota. Bart. quod is qui de domo inuitus extrahitur, vel
7 repellitur, patiatur vim. Ideo † debet relaxari, & pristinæ libertati restitui. Item agere iniuriarum potest. *d. l. Lex Cornelia, in prin. & d. l. Is qui in domum.* Et hæc nedum habent locum in domo propria, sed etiam aliena, siue conducta, & in qua quis habitat. *d. l. Lex Cornelia. §. Domum*, & per d. l. Plerique, dum dicit: Vim inferre videri, notat ibi Angel. dicens: Nota contra nuncios intrantes domum, per vim posse puniri de vi. Per quæ patet, quod etiam ipsi Nobili met maxima vis illata sit per principem mandantem vi introire domum suam & inde expelli vxorem suam, cum tota familia: Cum talis mandans etiam tenetur l. non solum. §. mendaro meo, & in princ. illius l. cum similib. ff. de iniur. Præterea & secundo constat, quod interdicto vnde vi, tenetur etiam is qui iussit, vel mandauit, vt aliquis deiiceretur, Parui enim refetre visum est, suis manibus quis deiiceret, an vero per alium. Quare si familia mee ex voluntare mea deiecerit, ego videor deiecisse. *l. 1. §. Deiecisse., & §. Quod ergo, ibi, Cæterum si iussit, vi deiecit ipse. ff. de vi & vi arma.*

Imo is qui nec daiecit vi, nec deiici mandauit, tamen tenetur interdicto Vnde vi, si deiectionem factam postea tantum ratam habuerit. *d. l. 1. §. Sed etsi cum quis.* Et ex isto interdicto etiam non possidens restituere cogitur. *d. l. 1. §. Ex interdicto Vnde vi*, & tenetur æstimationem restituere. Et debet condemnari quanti interest, quod deiectus non fuisset. *d. l. 1. §. Si vi me. sa 1.* Et in istu interdicto Vnde vi, non habetur tantum ratio fructuum, sed etiam cæterarum vtilitatū. Et Iulianus refert in hoc interdicto omnia, quæcunq; quis habiturus, vel assecuturus is erat, qui vi deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui. Eorum autem litem à Iudice æstimari debere, eum q; tantum consecuturum, quanti sua interesset, si vi deiectus non esset. *ff. de vi & vi armata.*

Item & tertio † iure prouisum est, quod quando plu- 8
res delinquunt, quod quilibet teneatur in solidum ad pœnā, & quod solutio vnius non liberat alium. l. Si quis. §. fin. dum ibi dicitur: Quod etiam mandans album corrumpi teneatur. Subiungens text. Nam & si plures fecerint vel mandauerint, omnes tenebuntur, & in l. seq. additur: Adeo quidem, vt non sufficiat vnum eorum pœnam luere. ff. de iurisdict. omnium iudic. l. penult. §. Hoc iudicium, vbi dicitur: Hoc iudicium in factum est, & si plures delinquerent, in singulos dabitur, &c. ff. Ne quis eum, qui in ius vocatus, &c. & l. Item Mela. §. Sed etsi plures serui, in fin. dum inquit text. Etsi cum vno agatur, cæteri non liberantur. Nam ex l. Aquilia, quod alius præstitit, alium non releuat, cum sit pœna, & §. Si plures, vbi dicit text. Si plures trabem deiecerint, & hominem oppresserint, æque veteribus placet omnes lege Aquilia tenari. *l. vulneratus. § fin. ff. ad l. Aquil. l.* Si plures, vbi dicitur: Si plures serui aliquem simul ceciderint aut conuicium alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium, & notat ibi Barto. illum tex. in fin. dum subdit: Imo etiam tot iniuriæ sunt, quot & personæ iniuriam facientium. ff. de iniur.

Item † licet regulariter disposita in libertis, vendicent 9
sibi etiam locum in vasallis, *secundum glo. in c. 1. in verbo, Salua reuerentia, in tit. de milit. vasall. qui contumax est*, & quod per consequens etiam videatur, quod sicuti libertus non possit vocare in ius patronū suum, nisi venia impetrata, ita etiam nec vasallus dominum suum, *& ita in specie tenet Spec. in titul. de feud. §. Quoniam versi. 17.* Tamen contrarium
est verius, † quod scilicet vasallus possit dominum suum 10
vocare in ius impetrate venia. *Ita tenet gloss. in d. c. 1. in verbo, Salua reuerentia, ibi, sed quid est, quam tenent ibi Iacob. de Bell. Nicol. de Neapol. Bald. Aluarot. Alexa. Ioan. Fab. in §. Pœnales, versi. Et in eum. Instit. de actio. Ioan. de Plat. in l. 1. Co. l. de colo. Thrac. lib. 11. Alexand. de Imol. in l. Generaliter, vbi attestatur illam esse communem opinionem. ff. de in ius vocand.* & ita etiam seruatur in practica, prout ego vidi seruari in Iudiciis, à que quidem opinione in iudicando nequaquam recedendum est, per vulg.

Non obstante, quod inquit Dominus Ias. in l. Si non sortem. §. Libertus. in prin. 9. colu. ff. de cond. indeb. & in d. l. Generaliter. Et est ratio secundum dd. Quia vasallus non est de personis ennmeratis in edicto prætoris,

vt pa-

vt patet per nota. in d. §. Pœnales. Instit. de actio. merito in eum non cadit talis necessitas, *vt ibi nota. & in dict. l. Generaliter.* Et quanquam vasallus sine venia possit dominum in ius vocare, tamen ea quo debet ei reuerentiam, videtur, quod non possit contra eum intentare iudicium famosum, cuiusmodi est actio de fide fracta. Item interdictum Vnde vi. Nam licet ipsum non infamet de iure. *l. Neque vnde vi. ff. de vi & vi armat.* tamen infamat de facto, & ideo non competit liberto aduersus patronum, nec filio aduersus parentem, sed loco eius datur actio in factum. d. l. 1. §. Interdictum autem hoc, vbi dicitur: Interdictum autem hoc, quia atrocitatem facinoris in se continet, quæsitum est, an liberto in patronum, vel liberis aduersus parentes competat, & verius est; Nec liberto in patronum, nec in parentes liberis dandum esse, meliusque erit in factum actionem iisdem competere, & ita expresse decidit Bald. *in c. 1. §. fin. in 3. colum. versic. Dubitatur tandem, de prohibit. feud. alien. per Fred.* Quod vasallus non possit agere contra dominum suum ad pœnam furti: quia si in libello exprimeret furtum, non procederet libellus, secus si non exprimeret, quia tunc videtur agere certi condictione generali, quæ non infamat, *vt nota. in l. Certi condictio. in princ. ff. Si cert. petat.* Et per d. §. Interdictum hoc, in c. 1. §. Si vero vasallus. In tit. de milit. vasal. qui contu. est, determinant dd. ibi. Quia scilicet vasallus non possit intentare interdictum Vnde vi contra dominum, ad recuperandam suam possessionem, propter atrocitatem facinoris, sed quod debeat actionem suam verbis curialibus, honestis contra dominum proponere, dicendo scilicet, & querendo, quod dominus ipsum spoliauerit, &c. vel spoliari mandauerit, &c. & ita in specie dicit etiam per d. §. Interdictum hoc, in c. Cæterum, de iud. Inn. quod scilicet persona debens alicui reuerentiam, non possit contra eum intentare actionem famosam, etiam de facto, & loquitur ibi de vasallo spoliato, & domino. Refert & seq. Felin. *in d. c. Cæterum. in 4. colum. ad fin. versic. Persona debens,* & allegat ad hoc bonum text. in l. 2. in fin. ff de obs. à lib. & lib. præst. vbi dicitur: Quod libertus contra Patronum non intentat etiam interdictum Vnde vi, licet condemnati in tali Iudicio non sint infames infamia iuris, tamen reipsa, & opinione hominum infamiæ notam non effugiunt. Et ista procedunt, nisi vis armata ab illis personis interuenisset, nam tunc etiam contra eos daretur actio famosa, vt interdictum Vnde vi. Ita est text. ad literam, in d. §. Interdictum hoc, quia in fine ibi text. ponit limitationem ad præcedentem Regulam, subiungendo scilicet; Aliter atque si vi armata vsus sit aduersus libertum patronus, vel aduersus liberos parens, nam & hic hoc interdictum competit, & ibi glo. in verbo Competit, inquit. Et secundum hanc distinctionem, scilicet an parens, vel patronus fuerit vi armata vsus, vel non, accipe supra de obseq. l. 2. & l. Licet, quibus indistincte videtur denegari interdictum, & sic est ibi text. clarus: Quod liberis contra parentes, & libertis contra patronos, quando scilicet vsi sint vi armata, competat etiam famosa actio, & sic interdictum Vnde vi, & quod d. l. 2. cum similibus limitetur per eum. Quanto magis hoc procedit, quando dominus vi armata, vsus fuit, quod vasallo scilicet competat Iudicium famosum contra dominum: Cum etiam vasallus sine venia possit proponere actionem contra eum. Et ita per illum §. in specie determinat Imo. de vasa. spoliato vi armata à domino, in d. c. Cæterum, post princ. vbi in hæc verba prorumpit: Sed quid si Dominus, non expectato Iudicio Parium, spoliauit vasallum, si fuerit vasallus laicus, conuenietur dominus, coram Paribus Curiæ interdicto Vnde vi, si vis armata fuerit. *Et idem refert & sequitur Alua. in dict. cap. 1. §. Ver. vasal. ante fin. 4. colum. versic. Oppono extra gloss. in tit. de milit. vasal. qui contu. est.*

Item quamuis in præsentiarum non sit proprie continentia causarum, cum prædictæ actiones de pace rupta, & super spolio, vt apparet, non tendant ad eandem rem, prout contigit in Iudicio possessorio, & petitorio, nec ambæ actiones continentur sub vna generali, de qua continentia causæ proprie loquitur sing. l. Nulli, cum sui materia. C. de iudic. Tamen ex quo ambæ illæ actiones ortæ, & natæ sunt prædicto Nobili ex vno, & eodem facto, prænominatæ scilicet violentiæ, & ita ex vi publica, &c. videtur omnino ambas esse intendendas coram vno, & eodem Iudice, & sic coram Consistorio Imperiali, potissimum cum princeps præfatus, vt ostensum est, sit debitor Nobili ex duabus actionibus, ex vno tamen facto. Ita probatur per gloss. nota. in c. fin. in verbo, per varitas literas, de rescript. quæ vult, quod vno, & eodem tempore creditor habens quem sibi diuersis actionibus obligatũ, non possit talem debitorem conuenire coram vno ordinatio super vna actione, & coram alio ordinario super alia actione, quando scilicet sunt plures ordinarii: quam etiam ibi sequitur pulchre Panorm. in pluribus ordinariis: Cũ ex identitate rationis debeat fieri extensio illius c. fin. Maxime cum hoc contineat in se magnam æquitatem. *Arg. c. Cum dilecta vult allegare. in vers. Nos igitur ibi eiusdem æquitatis similitudine, de consti. vtil. vel inutil* Eandem glo. tenet etiam ibi Ioan. de Imol reprobata opinione Inno. quod d. c. fin habeat etiam locum in Iudicibus ordinariis, cum sit eadem ratio, quæ est in delegatis, & sic videtur esse idem ius, *Gem. in cap. Dispendia. de rescript. lib. 6. Refert & sequitur in effectu Dominus Ias. in d. l. Nulli, post princip. 2. colum. versic. Imo plus, &c.*

Imo licet iure expressum sit, quod si procurator, siue mandatarius deiecerit, quod cũ quolibet agi possit interdicto Vnde vi, tamen si ab altera fuerit soluta siue præstita litis æstimatio, alter liberatur *d. l. 1. §. Quoties, ibi, Sabinus ait, & alterius nomine alterum eximi.* & sequitur in litera: Sic tamẽ, si ab altero eorum litis æstimatio fuerit præstita. Quanti autem sit litis æstimatio in hoc interdicto, declarat text. in d. l. 1. §. Non solum, vt supra deductum est. Et † sufficiat 11
ad hoc, vt competat alicui illud interdictum, quod tempore deiectionis possederit corpore, vel animo. d. l. 1. §. Interdictum autem hoc nulli, & dicitur in vers. sequen. Idcirco quod si quis de agro suo, vel de domo processerit, nomine seruorum relicto, mox reuertens prohibitus sit ingredi in ipsum prædium: vel si quis eum in medio itinere detinuerit, & ipse possederit, deiectus videtur: † Ademisti enim ei possessionem, quam animo re- 12
tinebat, etsi non corpore, tamen si spolians, vel vi deiiciens, seu deiici mandans, & ita vi occupans Reus, fuerit dominus rei, priuatur dominio etiam istius rei, & si fuerit aliena, tenetur etiam post restitutionem æstimationem rei restituere. §. *Sed ex constitutionibus. Instit. de interdict. l. Si quis in tantum. C. Vnde vi.* Et si deiectio fuerit facta sine armis, tenetur l. Iulia, de vi priuata. Si vero cum armis deiecerit, vel per vim expulerit, tenetur l. Iulia, de vi publica. dict. §. Sed ex constitutionibus. Et ad hoc vt quis teneatur de vi publica, sufficit, quod habeat arma vel ensem ad latus, & faciat vim alicui etiam sine offensione armorum, nam nihilominus dicitur vim cum armis fecisse. Nam propter arma quæ habet ad latus, ipse efficitur audacior, & aduersarius timidior. Text. est notab. l. 3. §. Armis deiectum, vbi text. inter cætera dicit: Qui armati venerunt, etsi non armis vsi sunt ad deiiciendum, sed deiecerunt, armata vis esse videtur. Subiungens: Suf-

ficit

ficit enim terror armorum, vt videantur armis deiecisse. Quem text ibi Bart. in 2. nota. notat ad statuta, quæ dicit de insultu facto cum armis, quod licet quis arma nõ exercuerit, tamen si arma habeat ad latus, videtur vis facta cum armis. Et d. l. si quis in tantam, habet locum, vt dicit ibi Bart. & patet etiam ex text. quando quis committat violentiam expulsiuam, siue ablatiuam, ex illo dominio quod habuit, spolians per vim priuari debet, & applicatur ipsi spoliato, *secundum Bart. & DD. in d. l. si quis in tantam, post glo. ibi.* & ideo Bart. *in vlt. colum. vers. extra glo. quæro, cui acquiratur,* tradit modum libellandi. Nam debes petere, vt cõdemnetur, & quod ibi possessionem restituat, & quod dominio priuetur, & tibi adiudicetur, &c.

Nec obstat, si obiiceretur huic Nobili, quod necesse habeat conuenire dominum suum coram Paribus Curiæ, & iuxta formam traditam in d. §. si vero vasallus, &c. Nam si dominus spoliauerit vasallum suum alia re, quàm feudali, non habet locum d. §. si vero vasallus, *secundum Iun. in d. c. cæterum, & Feudistas in d. §. si vero vasallus.* Tamen si vasallus conueniat dominum, etiam propter spoliationẽ rei feudalis, quod dominus adhuc teneatur vltra restitutionem possessionis ad pœnam, *de qua in d. l. si quis in tantam.* quum teneatur ad omnia, ad quæ quilibet alter, *secundum Andr. de Iser. in d. §. si vero vasallus.*

Nec obstat textus ibi, secundum eum, vbi dominus solus fuerit condemnatus ad restitutionem, & non ad aliud, &c. quia respondet, vt patet. Nam non fuit vltra per vasallum petitum, ideo non debuit vltra petita condemnari. *l. fin. C. de fideicommiss. liberta.* Et istud ibi, *secundum Aluarot. in 5. colum. vers. quæro an dominus,* fortificatur: Quia quũ iste casus non sit expresse consuetudine feudorum determinatus, debemus eum determinare secundum ius cõmune, *c. 1. de feud. cogn.* Et licet Aluarotus & Alexan. in d. §. si vero vasallus, temperarunt hoc dictum, vt scilicet dominus spolians vasallum re feodali, possit etiam priuari dominio directo feudi, si fuerit petitum per vasallum, quod scilicet procedat in casu, quando dominus propter proteruitatem eius fuisset tractus coram Iudice ordinario, qui etiam criminaliter, secundum naturam delicti, posset punire. Vbi autem quæstio feudalis non exiret de Curia Parium, quod tunc non imponeretur alia pœna, quàm amissionis feudi, *& dicit Aluarotus, quod hoc etiam videatur esse de mente Innoc. in d. c. cæterum, in glo penult.* Tamen cum in præsentiarum princeps propter eius proteruitatem, & expressam denegationem iustitiæ, & ex causa legitima, & à iure approbata, & supra adducta, sit tractus à Nobili vasallo coram suo Iudice ordinario, videlicet Consistorii Imp. Sequitur pro indubitato, quod vasallus ipse nedum ad pœnam d. l. si quis in tantam, vi potissimum publicam factam, nedum in re non feudali, sed etiam in rebus feudalibus, vltra restitutionẽ possessionis interesse fructuum & expensarum agere possit, & quod in hoc non sit aliquis scrupulus, cum dominus spoliando vasallum suum feudo, sine causæ cognitione, & contra debitum iuris ordinem, debeat priuari iure suo, sicuti econtra vasallus, si dominum spoliasset, etiam priuandus est iure suo, *vt in cap. 1. de noua for. fidel. & in cap. 1. de for. fide.*

Ex quibus iam omnibus liquido cõcluditur, Responsiones supra datas, esse iuri conformes, videlicet, quod Princeps mandando domum, & bona præfati Nobilis occupari, & eum vi publica possessione sua spoliari, & vxorem eius cum familia tota expelli, sine omni causæ cognitione contrauenerit securitati ei præstitæ, seu saluo conductui ab eo impetrato, & in pœnam fractæ pacis inciderit, & quod ipsi Nobili spoliato nedum competat contra eundem principem actio ad pœnam pacis fractæ, etiamsi à mandatariis pœnam via iuris consecutus fuerit, sed etiam interdictum Vnde vi, etiamsi à possessore domus & bonorum suorum feudalium, restitutionem & æstimationem litis, sine tamẽ priuatione domini in domo, & iuris feudalis in bonis feudalibus, & adiudicationem eorundem cõsecutus fuerit, ad pœnam scilicet huiusmodi priuationis, non autem isto casu ad æstimationem litis, non obstante, quod ista sint iudicia famosa, & quod Nobilis sit vasallus domini, mandãte etiam vi publica ipsum spoliari, & quod ambo ista iudicia sint intentanda coram Consistorio Imperiali &c. Et ista tanto fortius procedunt, quod Princeps præfatus contra mandatum Consistorialis, Nobilem illum expoliari mandauerit, &c. Cui præcepto siue mandato, nedum iuri, sed æquitati & rationi conformi, Princeps etiam ex diuino præcepto parere obstrictus fuit. Scriptum enim est: Si quis non obedierit Principi, morte moriatur, *1. Reg. 14. ca. Et Deutero ca. 17. & c. 2. de maio. & obed.* Itẽ est sine dubio, & nõ eget aliqua discussione, quod si vasallus infra annum & diem, & ita infra tempus à iure præfixũ, *de quo in c. præterea, si quis infeudatus, de prohib. feud. alie.* petierit inuestituram à domino, & dominus sine iusta causa recusauerit eum inuestire, quod vasallus non teneatur præstare iuramentum fidelitatis, quum sit reciproca obligatio inter dominum & vasallum, *c. 1. in fi. de noua for. fide.* & ideo si dominus nõ impleuerit id, quod ei incumbit, scilicet inuestiendo vasallum ad sui petitionem vel requisitionem, non potest etiam petere, quod vasallus præstet iuramentum, & vt seruiat. *argum. l. Iulianus. §. offerri ff. de actio. empt. & vendi.* Item si vasallus infra legitimum tempus, & ob iustam causam non petierit inuestituram à domino feudi, non potest feudo priuari, *c. 1. in tit. quo tempo. miles inuest. pet. deb.* Et videtur multum iusta causa, si vasallus petierit inuestituram, & dominus non solum denegauerit, sed etiam eum bonis feodalibus spoliauerit, quod vasallus feudo priuari non possit, si durante lite inter ambos, amplius non petierit, licet consultus sit petere. Itẽ contendentes secum in iudicio, dicuntur aduersarii *c. 1. & ibi Canon. de iudi.* Item clarum est, quod si dominus non seruauerit fidẽ vasallo, vel ei non dederit feudum promissum, quod vasallus etiã nec seruare, nec homagium præstare tenetur. *glos. est notab. in c. 1. in verbo. Vtilitatem. de noua form. fidel.*

THEMA CONSILII LVIII.

Spolians aliquẽ sua possessione, tenetur ante omnia spoliatum restituere. Secundo, non excusatur allegando se ex Iudicis præcepto vel immissione, possessionem occupasse, quando talis immissio est facta sine causæ cognitione & parte non citata. Tertio, dominus si inuestiat quem de aliqua re, postea per aliũ euicta, tenetur de euictione, &c.

SVMMARIA.

1 *Spoliatus non cogitur ante restitutionem spoliatoris respondere, nec potest referri proprietatis quæstio.*

2 *Etiam prædo est restituendus.*

3 *In causa possessionis recuperandæ non habet locum regula: De lo facit, &c. obiecta ratione dominii.*

4 *Iudicium spoliationis habet locum contra mandantem.*

5 *Etiam Iudex sine causæ cognitione, non potest aliquem possessione deiicere.*

6 *Non præsumitur pro Iudice procedente extraiudicialiter, nisi sit actus, qui posset extraiudicialiter exerceri.*

7 Contra

7 *Contra Iudicem spoliantem potest agi possessorio recuperandæ. Et spoliatus autoritate Iudicis iniuste restituendus est.*
8 *Iniuste ingredient possessionem alterius, etiam ex permissione Iudicis iniuste exequentis priuatur iure suo.*
9 *Possessio nemini est auferenda sine citatione, & causæ cognitione.*
10 *Possessio data alicui sine iudiciario ordine & sic de facto, debet sine iudiciario ordine & sic de facto reuocari.*
11 *Bona fides ex titulo præsumitur.*
12 *Vbi mentio fit de precio, in dubio præsumitur emptio.*
13 *Venditor ex natura contractus tenetur de euictione.*
14 *Concedens feudum alienum ignoranti, tenetur de euictione.*

CONSILIVM LVIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: D. Abbatissa N. accepta certa summa pecuniæ, dedit in feudum quosdam mansos H. Et licet possessio eorundem esset penes alium, tamen sine causæ cognitione fecit immitti, & realiter inuestiri prædictum H. pulso antiquo possessore. Cuius ratione quæritur de tribus. Primo, vtrum primo possessori competat remedium possessorium, aduersus H. tanquam spoliatorem. Secundo, vtrum ipsa domina Abba. ex cuius iussu & mandato facta est immissio, absque tamen causæ cognitione, possit conueniri. Tertio, vtrum euictis mãsis, possit agi ab H. inuestito nomine euictionis contra Abbatissam. Et respondetur, quod sic. Et quod prædictæ responsiones sint iuri consonæ, stante scilicet in veritate contingentia facti, prout narratum est, nulli iurisperito incognitum esse potest. Et primo constat, quod spoliatus ante omnia possessione sua, restituendus sit, antequam de iure spoliati cognoscatur. *l. si quis ad se fundum. C. ad l. Iul. de vi publ. l. si mar. tua. ff. de donat. inter virum & vxor.*
1 † Est enim petitio restitutionis in hoc priuilegiata, vt ipsam intentans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere. *c. super spoliatione, alias c. fin. de ord. cog.* Et ideo agenti possessorio recuperandæ possessionis, non potest referri quæstio proprietatis. *l. si de vi. ff. de iud. l. ordinarii. C. de rei vend.*
2 † Quare etiam prædo ante omnia restitui debet. *c. in literis, de restitu. spolia.*
3 Et in tantum † causa possessionis recuperandæ est priuilegiata, quod in ea non obtinet locum Regula: Dolo facit, qui petit quod restituturus est. *l. dolo facit ff. de excep. doli. & ita communiter tenetur per DD. per d. c. in literis, & per c. ex conquestione, de rest. spoliato.* & bene probatur in d. c. super spoliatione, vbi deciditur, quod ante restitutionem non sit audiendus Reus, nisi super possessione, *& ita etiam pulchre tenet Panor. in d. cap. in literis, in 2. colum. in versi. in possessorio recuperandæ.* Et dicit Dyn. *in c. qui ad agendum, de regul. iuris. in 6.* quod quando agitur super spoliatione, nunquam obstet exceptio: Dolo facis, &c. abiecta ratione dominij. *Sequitur & refert Bald. in d. l. si de vi, in fi. vers. quaritur an exceptio, &c.* Et ratio est, quare exceptio dominij, & ita Regula: Dolo facis, &c. nõ habeat locũ in possessorio recuperandæ possessionis. Quia spoliatus ante omnia restituendus est, iuribus supra alleg. & hoc in odium spoliantis.

Per quæ iam patet primam partem Responsionis esse veram. ita videlicet, quod Stephanus P. spoliator, virtute iudicij possessorij recuperandæ possessionis contra ipsum a I. S. &c. spoliato intentari, ante omnia teneatur ei restituere possessionem. Cum hic interuenerint duo extrema, hoc iudiciũ fundantia, scilicet possessio ex parte agentis, & spoliatio ex parte Rei.
4 Imo † in casu nostro interdictum Vnde vi, haberet etiam locum contra Dominam Abbatissam, mandantem siue volentem illam spoliationem siue deiectionem fieri, vt patet per text. ad literam, in l. 1. §. deiecisse, vbi dicitur: Deiecisse autem etiam is videtur, qui mandauit vel iussit, vt aliquid deiiceretur. Parui enim referre visum est, suis manib. quis deiiciat, an vero per alium. ff. de vi & vi arm. Imo deiectionem ratam habens, tenetur interdicto Vnde vi. *d. l. 1. §. sed & si cum quis, in fi. ibi, & hoc vberius est.*

Secunda pars est etiam sine dubio, quia † etiam superiori, imo Iudici est prohibitum, quem sine causæ cognitione sua possessione spoliare: quod si fecerit, spoliatus ante omnia restituendus est. Tex. est ad literam, in c. Cõquerente, de restitu. spoliato. per quem tex. not. ibi Panor. in 2. nota. quod licet præsumatur pro Iudice, quum procedit iudicialiter, quod iuste processerit, secus tamẽ sit, si processerit extraiudicialiter in actu, qui solet extraiudicialiter exerceri, & dicit, quod ad hoc quotidie iste textus allegetur. Et vltimo notat ibi Panorm. ex illo tex. inquiens: Vltimo tene menti istum text. quod contra Iudicem iniuste spoliantem, potest agi possessorio recuperandæ, sicut contra priuatum. 5

Nec obstat quod dicitur in c. præsentium, 7. q. 1. & ibi gloss. quæ expresse dicit; Spoliatum à Iudice non posse petere restitutionem. Quia † secundum Ioan. Andr. & communiter Canonistas, hoc procedit, quando scilicet Iudex processerit iudicialiter, & ita præcedente causæ cognitione, quia tunc pro suo processu præsumeretur: secus quando processit extraiudicialiter, quia tunc non præsumeretur † ideo contra eum agi potest possessorio recuperandæ. Et quod etiam spoliatus autoritate Iudicis iniuste ante omnia restituendus sit, est tex. ad literã, in l. meminerint, vbi plus deciditur: † Quod si quis autoritate superioris, iniuste tamen obtenta, ingrederetur possessionem alterius, quod priuetur iure suo, *& ibi Leg. st. C. vnde vi* Et ideo pulchre ibi Bart. *in 3. colum. ver. hoc praemisso,* dicit: Quod si quis ingreditur possessionem autoritate sua, ex permissione Iudicis exequentis iniuste, quod ipse incidat in hanc constitutionem, *secundum lectur. Roff. notab.* per quem text. etiam ad literam ibi decidit Bart. in prin. per istam legem apparet; Quod si Imperator concessit alicui castrum, non tamen licere sua autoritate occupare, sed iuris ordine seruato. Subiungens: Item patet, quod si Iudex det alicui licentiam de aliquo expellendo de possessione, ista licentia non valet, nisi iuris ordine seruato, & abutentes ista licentia cadunt à iure suo. Ordo autem iudiciarius seruandus est, in quo iudicio debet citari possessor, si reperiatur, alias citetur procurator, qui ei denunciat. Nam etiam executio, quæ fit in mittendo in possessionem bonorum debitoris, non debet fieri de facto, sed iuris ordine seruato. *l. vbi pactum. in fin. Cod. de transact.* Hinc notanter inquit Inno. *in c. inter cæteros, de maio & obed.* quod etiam possessio iniusta nemini est auferenda de facto, sine causæ cognitione, eo non citato. Et ideo etiam Bar. *in l. fin. in prin. 6. colum. vers. Item extra gl. quæro vtrum hæc missio. C. de edict. D. iui Adria. tollend.* decidit, quod etiam in terminis istius legis, & sic quando scilicet hæres scriptus petit se mitti in possessionem bonorũ defuncti, secundum formam d. l. & res ab alio possideatur, siue iuste, siue iniuste, quod tamen hæc licentia non possit concedi, nisi parte citata, *& allegat ad hoc d. l. meminerint, & d. l. fin. si per vim vel alio modo.* & est optimus tex. in cap. licet Episcopus, de præbend. in 6 quem etiam citat Bart. in d. l. fin. Licet subiiciat, se non bene recordari, vbi sit, vbi deciditur: Quod licet quando quis adeptus fuerit secundũ beneficium curatum, Episcopus primum beneficiũ consimile, quod habebat, possit alteri conferre, tamen eo irrequisito, possessio non debet alteri dari, & assignatur ibi ratio in fine textus, dum dicit: Illũ tamen cui contulerit,

non debebit te non vocato (quum tibi fortasse ius possit
competere retinendi) in possessionem ipsius inducere
corporalem. Per quem text. ibi Philip. Franc. in 3. nota-
tio hæc verba prorumpit: Tertio teue menti, & ita allega-
tur, † quod possessio nemini est auferenda sine citatio-
9 ne, & causæ cognitione. Ideo quantumcunq; quis possi-
deat prima facie beneficium contra ius, tamen ab eo tol-
li non debet, & in aliom transferri, nisi ipso possessore
vocato, & discusso super iure ipsius possidentis. Subiun-
gens: quod est contra multos executores facientes voca-
re possessorem, & eo offerente se paratum probare de iu-
re suo, statim tradunt alteri possessionem, illo repulso.
Nam male faciunt, quum antequam tradatur possessio;
debeat prius distingui de iure ipsius possessoris, *vt est text. hic notab.* Et idem tenet Rota decis. 160. *quæ incipit: Item quod Reus*, vbi tenet, quod antequam reiiciatur possessor de
sua possessione, prius est citandus, vt sic videatur tam de
iure agentis, quam ipsius possidentis, † alias possessio da-
10 ta alicui sine iudiciario ordine, & sic de facto, debet sine
alio iudiciario ordine, & sic de facto reuocari, *secundum gl. notabilem, in l. minor. §. 1 ff. de euict.* & ita etiam sine alia cita-
tione, *vt dicit notab. Innoc. in cap. querelam, de electio.* quia sicut
non interuenit citatio in tradenda possessione, ita nec in
reuocanda interuenire debet, *supra de reg. iur c. 1. de quo in gl. pen.* Hæc ille. Quod ante eum etiam voluit Baldus & Sa-
lic. in d. l. vbi pactum, post prin. Et sequuntur ibi Pau. de
Cast. Alexan. de Imo. & D. Ias. scilicet; Quod si Iudex fe-
cerit aliquam executionem, parte non citata, quod de-
beat etiam de facto, alia parte non citata, reuocari. Quia
sicut fuit facilis in concedendo, ita debet esse facilis in
reuocando. *l. 1. in prin. ff. si mulier vent. no. & gloss. notab. in d. l. minor. § 1. ff. de euict.*

Per quæ iam optime patet, Ioannem K. non solum
iniuste, sed iniustissime sua possessione mansorum spo-
liatum fuisse, quum insto titulo & longo tempore huius-
11 modi mansos bona fide possederit, † quæ bona fides ex
titulo præsumitur. *l. pen. C. de euictio.* Et sicuti possessione sua
fuerit de facto ad iussum Dominæ Abbatissæ, non instin-
ctu Spiritus sancti, spoliatus: Ita debeat etiam absque eo,
quod vocetur aduersarius, restitui.

Item & tertia pars Responsionis non est dubij iuris,
quod scilicet si contingeret facta restitutione eiuscemo-
di mansos ab eo euinci, quod Domina Abbatissa tenere-
tur de euictione.

Et pro clariori explicatione est sciendum, quod iste
contractus non fuit proprie feudum, sed potius emptio
& venditio censeoda. Ex quo reuerenda Domina Abba-
tissa vendiderit ei prædictos mansos pro certo precio,
puta 50. floren. & tradiderit, vt aperte sonant literæ con-
12 tractus: † quum etiam in dubio, quando dubitetur an sit
feudum, Emphyteusis locatio, vel emptio: quod si fuerit
mentio facta de precio, semper præsumitur emptio. *gloss. singularis in l. si cum dotem ff. soluto matri. & pulchre D. Ias. in l. 1. in 3. col. vers. vnum tamen diligenter nota. C. de iure emphyt.*

Nec obstat, quod Domina Abbatissa inuestiuerit Io-
annem K. & filios suos hæredes masculos, de dictis man-
sis, quia quando princeps, vel alius, recepit precium pro
feudo, licet postea dicat: Indulgemus, vel inuestimus, vel
simile verbum proferat, non ideo esset feudum, sed em-
ptio. *Ita singulariter decidit Bald. in l. qui se patris, in 6. col. vers. hoc sicut, si princeps. C. vnde libe. post Nicolaum de Materell. supra de iusti. codi. confir. Sequitur & refert Dom. Ias. in d. l. 1. præalleg. vers.* Et hoc
sine scrupulo procedit, quando precium est condignum
rei, *in quibus terminis procedit d. gl. in d. l. si cum dotem*, alias enim
non præsumeretur emptio, *per gl. in d. l. 1. §. 1. ff. de superficiebus. Ita limitat Bald. d. gl. in l. si cum dotem, in l. ex conuentione. C. de pact.*

Refert & sequitur D. Ias. vbi supra, & ratio est in promptu,
quare non sit feudum, quando quis recepit preciũ: Quia
feudum nihil aliud est, quam beneuola actio, gaudium
tribuens capientibus. *c. 1 §. in primis, in tit. quibus casibus feud. amit.* Et ideo præcise in terminis nostris inquit Bald. *in l. si quam. per text. ibi.* Quod si quis emerit à domino mansum
in feudum, quod illud non dicatur proprie feudum:
quia est mercenarium, & non gratuitum, *per text. in d. §. in*
primis. C. de oper. liber. Sed † expeditum est, quod venditor 13
teneatur de euictione ipsi emptori, *vt per tot. tit. ff. & Cod. de euict.* Imo venditor tenetur emptori de euictione, etiamsi
in literis contractus hoc non fuerit expressum, quia ve-
nit ex natura cõtractus. *l. non dubitatur. C. de euict.* Imo † da- 14
to quod fuisset verum feudum, tamen si euinceretur ab
ipso feudatario, tanquam res aliena, prædicta Domina
Abbatissa teneretur de euictione; & ita ad rem tantæ
bonitatis & æstimationis, ex quo ignorasset rem alienam
fuisse, per text. ad literam, in c. 1. in prin. de inuestit. de re
alie. fact. & in quantum tex. ibi dicit, vt aliquid eiusdem
bonitatis intelligitur, scilicet cuius bonitatis erat tempo-
re rei iudicatę. *Ita probatur in c. 1. cum gl. in tit. si de feud. vasal. fuer. interpell.* Tamen debet vasallus quæstionem sibi motam
super feudo, denunciare feudi domino. *d. c. 1. si de feud. vasall. interpella fuer.* Ex isto casu quando mouetur quæstio va-
sallo super feudo, nihil interest, an dominus sciuerit vel
ignorauerit rem alienam esse. *d. cap. 1. de inuesti. de re alie. fact.*

THEMA CONSILII LIX.

Quando, & quib. ex causis successor, qui non est hæres concedentis, teneatur ratam habere inuestituram à prædecessore factam de feudo nondum vacante; quod contingit vacare mortuo iam concedente.

SVMMARIA.

1 *Veritas semper colenda, & amanda, & diligenter inquirenda.*
2 *Resoluto iure datoris, resoluitur ius accipientis.*
3 *De iure Saxonum feudali, agnatus post mortem agnati succedens in feudo, non habet suum ius ex iure defuncti, sed solum ex simultanea inuestitura.*
4 *Filius tenetur obseruare factum patris, cui hæres extitit.*
5 *Dominus tenetur abusiue inuestitum, maxime si iuramentum iam fidelitatis præstitit, mittere in possessionem feudi, alias tenetur inuestito præstare omnem vtilitatem.*

CONSILIVM LIX.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter im-
plorato. Casus qui in facto proponitur, talis est: Ge-
nerosus D. Comes H. de S. cum vita fungeretur, concessit
quædam bona feudalia nondum vacantia, siue aperta,
quæ erant ratione quarundam transactionum inter pro-
auos Comitum de S. initatum, communia, & inuestitura
siue collatio ad seniorem pertinebat, C. de H. & decessit
antequã per obitũ possessoris vacarent, nullis hæredib.
feudalibus post se relictis: Ita quod totus Comitatus per
eius obitum, ratione simultaneæ inuestituræ peruenerit
ad eius agnatum, Generosum D. Comitem G. de S. qui
non vult habere ratam illam inuestituram, de bonis feu-
dalibus nondum vacantibus, factam: sed illa bona feu-
dalia tanquam iam ad se per obitum possessoris delata,
alteri concedere, & priorem inuestituram infringere.
Quæritur, vtrum possit: & concluditur, quod non, vt ex
sequentibus patet.

Stantibus pro certis & veris his, quæ in narratione expressa sunt, concluditur supradictam Responsionem fore & esse iuridicam, videlicet quod Generosus D. Comes G. de S. teneatur obseruare prædictā inuestituram prædecessoris agnati sui, etiam generosi Comitis H. &c. feli-
1 cis recordationis, &c. Et † vt veritas eius magis elucescat, quæ quidem semper colenda est *l. 1. in prin. C. de lat. liber. tollen.* Verum enim amare debemus *l. cum ita ante fin. ibi, Imo si verum amamus. ff. de cond. & demonst.* Et ad veritatem inquirendam omnibus modis laborare debemus, quibus possumus, *in Auth. in prin. de tabell. colum. 4.* Veritas enim omnia vincit. *c. consuetudo, 8. dist. c. quia sunt, in prin. ibi, quærenda est semper veritas, &c. 28. dist.* Adducentur in primis ea, quæ videntur facere pro D. Comite G. & contra Magistrum Ioannem, &c.

Et primo. Nam licet Dominus Laicus possit inuestire alium de feudo, adhuc per alium vasallum possesso, sub conditione siue modo, si ipsum contingat domino aperiri: tamen hoc procedit, si feudum fuerit apertum ipsi infeudanti, vel eius hæredibus. Nam tunc etiam hæres eius cogi potest per inuestitum, ad implendam inuestituram ei factam in huiusmodi euentum per defunctū. Secus si prælatus inuestiens decesserit sine hærede. *c. 1. in prin. ibi scilicet, Laici vero, qui feu. da. success. teneantur. cap. 1. in prin. Hic potest esse tit. qui success. tenen. c.* Moribus, in prin. dum dicit: Quæ inuestitura tunc demum capiet effectum, cū feudum domino, aut hæredi suo fuerit apertum. *si de feu. def. cont. sit inter dom. & agn. vas.* Sed in præsentiarum prædictum feudum, nec Comiti H. nec hæredi eius, cum nullum filium reliquerit post se, apertum fuit, sed tantum successorem in huiusmodi feudo. Ergo, &c. Hinc etiam decidit Aluar. *ind. c. 1. hic potest esse tit in fi. vers. quæro laicus. &c.* Quod si laicus inuestiuerit aliquē de feudo vacaturo, secundum formam ibi traditam, & laicus inuestiens postea condemnetur ita, quod bona sua confiscentur, quod fiscus postea feudo aperto non teneatur ipso inuestito ad præstationē huiusmodi feudi, cum fiscus isto casu non reputatur hæres, sed successor, & æquipatetur potius prælato, *& allegat ad hoc leg. quotiens, in fine. ff. de nouatio. & ff. de fideiuss. l. inter eos. §. 1. & ff. de rebus dub. in l. fin.* Item & secundo, quia cum tempore, quo sæpe nominata bona feudalia fuerunt per obitum P. D. in Christo defuncti, aperta Comiti G. & ita ius Comitis H. infeudantis & datoris antea mortui, fuerit resolutum, videtur etiam resolutum fuisse ius ipsius inuestiti, & ita acceptoris, per
2 vulgatam & tritam Regulam, quæ habet: † Quod resoluto iure datoris, intelligitur eam resolutum ius acceptoris. *§. rursus, alias fin. iuncta glo. in verbo, Pertinebit. de controuers. feuda. c. 1. § . rursus, quib. mo. feud. amit. c. 1. §. & se clientibus.* Nam dato, quod vasallus vsq; ad medietatem licite potuisset alienare feudum sine licentia domini, tamen si moritur sine hærede, resolutum est ius suum, qui reuertitur ad dominum, & cōsequenter resoluitur ius libellarij acceptoris de aliena. feud.

Item & tertio videtur in casu nostro, ex quo decessit generosus Comes H. sine filiis, idem iuris esse, quod in prælato inuestiente aliquem de feudo possesso per vasallum, in euentum quo apertum fuerit ei: quo quidem casu si fuerit non apertum in vita prælati, sed demum post mortem eius, successor infeudantis non tenetur huiusmodi inuestituram prædecessoris sui ratam habere, & inuestire inuestitum per eum. *d. c. 1. qui suc. cess. feu. dar. tene. & in d. c. 1. hic potest esse tit. & d. c. morib.* & est ratio secundum DD. in dictis locis, quia successor prælati Ecclesiastici, non sortitur, nec habet ius suum ex iure prædecessoris, sed ex
3 electione de se facta. Ita in proposito † de iure feudali Saxonum, agnatus post mortem agnati sui, succedens ei in feudo, non habet ius suum ex iure defuncti, sed solum ex simultanea inuestitura. Nam si patre mortuo filii diuidant feuda paterna, quātumcunq; antiqua, nisi denuo à domino fuerint postea inuicem simultanee inuestiti, & vnus decedat sine filiis, reliqui in sua parte non succederent. c. 31 im Lehen Rechten / Quare infertur, quum generosus Comes G. non habuerit ius suum ex iure & persona agnati sui, Comitis H. inuestientis secundū prædictam formam C. H. sed ex iure simultaneæ inuestituræ, & feudum fuerit demum eo mortuo apertum, quod Comes ipse G. non teneatur eius inuestituram ratificare.

Sed tamen prædictis, & quibuscunque aliis non obstantibus, prædicta Responsio remanet vera & inuicta. *Ita probatur aperte per d. c. 1. qui success. feu. da. ten. & d. c. 1. Hic potest esse tit. & d. c. moribus met.* & quod præallegata consuetudinaria fundent intentionem Magistri Ioannis, &c. inuestiti à Comite H. patet. Nam quum in dictis iuribus aperte deciditur; Quod si prælatus Ecclesiasticus, vel dominus laicus inuestiuerit aliquem de feudo possesso per alium, in diem, vel sub conditione, scilicet cum vacauerit, quod si tale feudum fuerit apertum, siue vacauerit per vasalli obitum, possidentis id, viuente prælato, vel domino laico, vel hærede domini laici, ꝙ scil. prælatus inuestiens, vel laicus, vel eius hæres teneatur huiusmodi inuestituram adimplere, &c. Et generosus Comes, Dominus H. &c. in Christo defunctus, prædicta bona feudalia indiuisa, & extra territorium Comitum S. sita in H. scilicet virtute & tenore hæreditarii contractus, à patribus ipsius & Comitis G. initi & facti, potuerit solus alteri concedere, abusiue vel proprie, si tempore suo fuisset aperta, & quod perinde esset, ac si ipse & agnatus suus, Comes G. ex consensu scil. voluntate & cōuentione patrum eorum, simul alteri concessissent, siue alterū de eis inuestissent. Et quum dominus H. in Christo defunctus, tanquā senior in familia ista, virtute eiuscemodi hæreditariæ conuentionis patrum eorum, inuestiuerit dominum Cancellarium H. &c. de dictis feudis possessis per P. D. secundū prædictam formam seu modum, &c. perinde sit, ac si ipse Comes G. simul & semel dominum Cancellarium H. de dictis bonis inuestissent; Sequitur inconuincibiliter, quod licet P. D. demum decesserit, domino Comite H. infeudante defuncto, quod tamen tale feudum dicatur vacasse & apertum fuisse, viuente infeudante, & datore: cum fuerit apertum Comite G. viuente, quia, vt adductum est, talis infeudatio fuit facta nomine vtriusque, & perinde sit, ac si Comes G. D. Magistro Ioanni tale feudum, &c. prędictum feudū concessisset: virtute scil. conuentionis hæreditariæ. Per quæ iam plus quam manifeste claret, quod adducta in cōtrarium minime obstēt, quo minus generosus D. Comes G. teneatur adimplere prædictam inuestituram prædecessoris sui, generosi Comitis H. quū & ipse eam fecisse censeatur. Quum huiusmodi inuestitura censeatur virtute paternæ conuentionis, nomine vtriusq; facta, & per consequens: quod quum primus vasallus & possessor dictorum bonorum feudalium, P. D. decesserit tempore domini Comitis, quod dicatur tale feudū ipsi Comiti G. etiam datori & infeudanti apertum, & ideo nequaquam obiici potest, quod fuerit resolutum ius datoris, seu inuestientis: nec dici potest, quod Comes H. decesserit sine hærede masculo: cum & ipse Comes G. intelligatur esse dator & infeudator, virtute conuentionis etiam patris sui in Christo defuncti, talium bonorum feudalium indiuisorum, quam quidem conuentionem patris sui, cuius hæreditati se immiscuerit, seruare astrictus

est. l.

est *l. ea quæ à patre. C. de restit. mulie.* Patet enim & filius, iuris fictione, vna persona reputantur, *in Auth. in prin. de iureiur. à morien. præstit. l. fin. C. de impub. & aliis substit.* Et alias hæres tenetur seruare factum defuncti. *l. si ab eo, cum concor. in gloss. alleg. C. de libe. cau.* Ex quibus etiam conuincitur, quod hic non solum non sumus in præfata Regula, in qua ex parte Domini Comitis G. nititur fieri capitale, videlicet quod resoluto iure datoris resoluatur etiā ius acceptoris, sed quod præcise sumus in Regula contraria, quæ habet; Quod remanente iure datoris, & ita in præsentiarum infeudantis, remaneat etiam ius acceptoris, & ita infeudātis. Cum etiam alias eadem sit disciplina contrariorum. *l. 1. ff. de his qui sunt sui vel alie. iur. & Inst. eod. in prin.*

Cum ergo prædictum feudum fuerit Comiti G. per obitum primi vasalli, P. D. sine filijs decedentis, apertū, & ipse fuerit etiam dator & infeudans, virtute paternæ, & hæreditariæ conuentionis, Vnd also deß Vätterlichē vertragē / Iterum sequitur, quod iste casus præcise sit cōprehensus in dispositione d. c. 1. *qui success. feud. da. & c. d. cap. 1. hic potest esse tit. & d. c. moribus*, & per consequens, quod Comes G. teneatur inuestituram factam adimplere. Et quod non potuit de iure, in præiudicium Domini Cancellarij

5 Halium de eisdem bonis inuestire. † Dominus enim nō potest retractare inuestituram feudi, etiam abusiuam factam per eum, imo non liberabitur volendo præstare interesse inuestito, sed præcise cogitur ei nondum habenti possessionem, tradere possessionem ipsius feudi. *c. si facta, si de feud. fuer. controuer. inter dom. & agn. vas.* Et hoc est sine dubio. Et sic paret, quod cum Comes G. teneretur possessionem dicti feudi tradere, postquam apertum fuit per obitum primi vasalli, si ipse non haberet possessionem, ex quo præstitit iuramentum fidelitatis, vt patet ex literis dictæ inuestituræ, *d. c. si facta, & c. 1. in fi. de no. for. fide.* & pro tanto ad huiusmodi traditionem obligatur, quod si dominus differret tradere possessionem inuestito, qui homagium præstitit, quod tenebitur ei præstare omnem vtilitatem, id est, omne illud, quod habuisset ipse vasallus, si ab initio fuisset sibi tradita dicta possessio, per quē text. in d. c. 1. in fi. de no. for. fid. concluditur, quod vbi sola abusiua inuestitura est, & fidelitas præstita, dicitur acquisitum feudum ipsi vasallo, & habet ius in re. Cum, vt adductum est, dominus cogatur ei præcise tradere posses. Sequitur quod Comes G. nullo modo potuit alteri huiusmodi feuda concedere, in præiudicium iuris iam quæsiti ipsi inuestito, cum etiam Princeps, vt Papa, vel Imperator ex ordinaria potestate sine causa non possit anferre ius iam alteri quæsitum, *per ea quæ habentur & notantur in l. fi. C. si contra ius vel vtil. publ. & c. quæ in Ecclesiarum. de constit.* Ergo, &c.

THEMA CONSILII LX.

De massis argenti, & moneta cudenda.

SVMMARIA.

1 *In compactionibus & arbitramentis non expressum verbis, habetur pro omisso.*
2 *Probatio debet necessario concludere.*
3 *Sufficit quem habere pro se Regulam.*
4 *Etiam summus Princeps ex pactis obligatur.*
5 *Quando duo pacta ex interuallo contrahuntur, quæ sunt inuicem incompassibilia, posterius derogat primo.*
6 *Vltimum testamentum, & vltimum pactum habet tacitam clausulam derogatoriam ad præcedentia.*
7 *Moneta dicitur legitima, si tantum valet in forma, quantum in massa, deductis expensis.*
8 *Propter publicam vtilitatem, licite à priuatis pactis receditur.*
9 *Publica vtilitas priuatæ est præferenda.*
10 *Quales debeant esse Consiliarij principum.*

CONSILIVM LX.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter & præmature consideratis, & pōderatis Articulis ex literis paternæ & auitæ diuisionis, & ex primo & secundo arbitramentis G. quæstionibus & rationibus mihi oblatis, prout hæc omnia in istis chartis continentur, super controuersia inter illustriss. Principes, Principem N. & Duces N. super cudenda moneta, &c. vertente, breuiter dicam, pro ingenij mei paupertate, quid ego sentiam in hac causa. Et vt seruem ordinem, quæstiones propositæ in effectu quatuor principaliter. Et primo, an Principes virtute paternæ diuisionis seu pactionum G. in prædictis articulis sint ad inuicem obstricti, omne argentum, quod redimunt pro certo precio à societatibus argenti fodinarum, in monetam cudere, & redigere, adeo quod lucrum prædictæ emptionis & percussionis monetæ, quod Schleschatz vocatur in pecunia, non in massis recipere teneantur.

Item & secundo, an propterea sint inuicem obligati ad simultaneam & communem monetam cudendam de huiusmodi massis à societatib. der Gewercken emptoris, nec ne.

Tertio, an istis omnibus non obstantibus illustriss. Principes N. soluentes prędictis massis argenteis, iustum & competens precium in valente pecunia, possint recedere à Duce N. & communi percussione monetæ, & pro arbitrio eorum cum dimidia parte huiusmodi argēti, Schleschatz genannt / tanquam de re propria facere & disponere, & ita monetam iustam facere cudi, & quod Princeps N. non possit Cels. eorum in hoc impedire, in faciendo scilicet cudi monetam iustam & legitimam, seorsim & diuisim de prædictis massis, pro dimidia parte ad suas Celsitudines spectante.

Responsio ad primam: Quod nec vigore diuisionis auitæ, nec compactione G. in signatis Articulis A. B & C. Princeps E. & frater suus obstricti sint, vt argentum, quod pro precio constituto redimunt von den Gewercken / cudatur & redigatur in monetam. pro tanto, quod lucrum eiuscemodi emptionis illustriss. eorum dominationes non teneantur recipere in pecunia, sed quod possint de huiusmodi massis, tanquam de re sua disponere. Nam cum hoc non vno verbo in præsignatis Articulis diuisionis & compactionum reperitur expressum, vt patet diligenter intuendo eos, imo contrarium potius colligitur ex Articulo der Erbtheilung. Ergo † istud tanquam 1
omissum remanet in dispositione iuris communis, potissimum cum huiusmodi compactionibus & arbitramentis, tanquam stricti iuris, non expressum verbis, habeatur pro omisso. *l. quicquid astringenda, in princ. ibi scilicet, omissum esse. & l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus. ff. de verb. oblig.* Sicut dicimus in statutis. *l. si vero. §. de viro, cum ibi notatis. ff. solut. matrim.* Et per consequens, ex quo in prædictis diuisionibus & compactionib. non est expressum, quod Principes teneantur huiusmodi argentū redigere in monetam, & lucrum, Schleschatz vocatum, recipere in pecunia, & non in massa: Sequitur quod illustrissimi Principes N. possint de huiusmodi massis, tanquam de re sua, pro libito suarum voluntatum disponere, per regul. in re mandata. C. mandati, quæ habet, quod quilibet est arbiter & moderator in re sua. Nec huic decisioni obstat prima conuentio N. in illis verbis: So sollen sie auch ihre Chur. vnd F. G. &c. dato quod illa non esset sublata

per secundam conuentionem N. in signato Articulo, quia non sequitur, So sollen auch ihre C. vnd F. G. mit der Müntze nicht sonderen / dieselbige auch nicht ändern ohn rath vnd bewilligung beyder theil Landtschafften. Ergo eorum Illustrissimæ dominationes non possunt de prædictis suis massis pro arbitrio suo disponere, scilicet aliis vẽdere pro communi precio, 10. scilicet florenorum, &c. Quia, vt patet, verba prædictæ dispositionis, hoc non inferunt, nec necessario cõcludunt. Ideo si Princeps N. niteretur hoc fundare ex præfato Articulo, succumberet: Cum intentum suum necessario, siue concludenter ex eo non inferatur. Quia ille qui fundat intẽtionem suam, siue agat, siue excipiat, tenetur eam probare. *l. 1. ff. de probatio. l. Actor quod asseuerat. C. eodem tit. cum simil.* Ideo illa probatio, tanquam dubia, suam illustrissimam dominationem
2 penitus nihil releuaret. Quia † quælibet probatio debet regulariter concludere *l. non hoc. cum legib. in glo. allegat. C. vnde legit. & concordan etiam tex. de iure Canonico, in c. in præsentia, de probatio. & in c. fin. de success. ab intestat. c. fin. de causa possess. & proprieta.* Hinc est, quod vbicunque probatio necessario non concludit, interpretetur contra probantem, gl. est not. & communiter approbata in d. c. in præsentia, *in verbo, Dubium, ibi, & est notabile,* & assignatibi rationem, quia qui probat, clare & aperte debet probare: quod si non faciat, non prodest illa obscura probatio. Ex quibus sequitur, quod cum Principes nostri habeant fundatam intentionem de iure communi, scilicet regulam d. l. in re mandata, pro se, quod hoc sufficiat eis, donec ex aduerso probetur fallentia ab illa Regula, quæ probari nõ po-
3 test ex prædictis Articulis. Ergo, &c. † Cum sufficiat quẽ habere Regulam pro se, & quod illa debeat attendi, etiamsi sint fallentiæ ab illa Regula *l. suus quoque. vers. puto. ff. de hæred. instit. l. ab ea parte. ff. de probatio. Et illam doctrinam, quod scilicet sufficiat quem habere Regulam pro se, tradit Bart. post Innoc. in c. præterea, de donatio. in l. 2. & ibi valde notanter declarat D. Ias. (mihi, post prin. 7 colum.) vers. nota istam doctrinam Bart. ff. si quis in ius voca. non ierit, &c.* Et illa Responsio, quantum ad primum quæsitum, apud me non habet dubium.

Ad secundam autem quæstionem redeundo, respondeo, quod meo iudicio Principes illustrissimi N. fuerint obstricti ad cudendam communem monetam cum Duce N. & per consequens etiam de prædictis massis von den Gewercken emptis, si eorum Celsitudines velint facere cudi monetam, & hoc virtute primæ compactionis N. in Articulo in Copia B. signato, in vltimis verbis eiusdem: quum talia sint obligatiua, & indistincte seu indefinite disponant, hoc modo: So sollen sie auch / die C. vñ F. G. mit der Müntze nicht sonderen / dieselbigen auch nicht ändern / one rath vnd bewilligung jhrer beyder Landschafften. Et per consequens non possent se illorum Celsitudines separare, si velint facere cudi monetã de sæpe nominatis massis: Quia illa indefinita æquipollet vtique vniuersali, *l. si plures. ff. de legat. 3. & l. si pluribus & quod ibi notat Bart. ff. de legat. 2. & glo. notab. in c. vt circa ea. in verbo, Aliorum, & ibi Canonist. & præsertim Dn. Gemin. de electio. in 6.* & sic videtur hic habere locũ Regula, quæ scilicet habet: Quid enim tam congruum humanæ fidei, quam ea seruare,
4 quæ semel placuerunt. *l. 1. in princip. ff. de constitu. pecu.* † Cum etiam summus Princeps, vt Imperator, teneatur seruare pacta cum quocunque inita, *vt tenent omnes DD nemine excepto, in l. digna vox. Cod. de legibus, & in l. donationes quas diuus, per text. ibi. Cod. de donatio. inter virum & vxor. & probatur per optimum text. licet vulga.* & ibi pulchre Abb. qui loquitur in Papa, qui non habet superiorem se in terris, *in c. 1. de probatio.* Et est ratio secundum communiter Doctor. in locis præallegatis. Quia cum pacta siue contractus sint de iure gentium. *l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iure.* Ergo sunt immutabilia. *§. sed naturalia. Instit. de iure nat. gent. & ciuil. &* *D. Ias. in d. l. 1. dicit aliam rationem colligi ex text. ibi.* Nam secundum naturalem rationem quilibet tenetur pacta seruare, vnde succedit, quod eleganter inquit Bald. in l. 2. in 8. colum. C. de serui. & aq. quod dicit: Princeps licet sit solutus à lege potestatiua, non tamen est solutus à dictamine rationis naturalis, nec à lege naturæ: quia est animal rationale, & politicum, & ideo constitutiones naturales ligant etiam Principem. Potentius enim est ius naturale, quam principatus, *secundum Bald. in c. 1. §. fin. in titu. qui feud. dare poss.* Hinc egregie prorumpit text. in l. inter claros, in hæc verba: Nihil enim est, quod lumine clariore præfulget, quam recta fides in Principe. C. de summa tri. & fid. cath. Et hæc ideo adduxi, quia verisimiliter ex parte Ducis N. fortissime stringentur prædicta verba primæ compactionis in signato articulo contra Principes N. & videntur habere saporem, quia sunt clara, quantum scilicet ad hoc, quod si Principes velint facere cudi monetam de eis, quod scilicet tenerentur ad simultaneam & communem monetam, non autem ad hoc, vt supra in Respons. primæ quæstionis ostensum est, vt eorum Celsitudines possint cõpelli, vt faciant cudi monetam de eis.

Sed tamen contra hoc capitale, pro Duce N. cum nullum aliud ex dictis diuisione & pactionib. in signatis articulis, pro eo elici possit contra Principes N. obiici potest, quod etiam multum vrgere videtur, quod scilicet per prædictum posteriorem Articulum, in secunda cõpactione positum, præsertim cum etiam loquatur per verbum obligatorium, vt patet in verbo, Sollen / sit derogatum articulo litera B. signato in sui fine. Cum isti duo Articuli primæ & secundæ pactionum N. se inuicem non patiantur, sed videntur ad inuicem incompassibiles, vel ad minus contrarij. Nam primus loquitur dispositiue & obligatiue, quod Principes N. nõ debeant se cum moneta separare siue diuidere, vt patet expresse. Nam dicitur, So sollen sie auch jhr Chur. vnnd F. G. mit der Müntze nicht sonderen. Item quod non debeant monetam sine consilio & consensu subditorum vtriusque partis mutare, vt claret in eodem articulo, in fi. dum sequitur. Dieselbigen auch nicht ändern / on rath vnnd bewilligung beyder theil Landtschafften. Et disponitur in sequenti Art. secundæ compactionis, in prin. ex interuallo aliquo annorum interposito, etiam per verbum obligatiuum, in hæc verba: Der Müntze halben ist abgeredt / daß wir beyderseits in dem Stand stehen / vnnd mit einander müntzen sollen / notetur verbum (sollen) darinn wir vor der fürgefallen sonderung gestanden vnd gewesen. Et sic clarius claro patet, quod ista secunda conuentio siue pactio, quantum attinet ad monetam, nullo modo possit se compati cum prima pactione in signato Articulo B. in sui fine. Quia illa prima canit & disponit, quod Principes cum moneta nõ debeant se separare, nec eam mutare sine consensu subditorum. Secunda vero conuentio disponit, quod debeant in eodẽ statu stare siue manere, & simul monetare, seu monetã cudere, in quo statu steterũt, & fuerunt ante factam separationẽ, sed antequã Principes se inuicẽ separarunt in monetãdo, &c. nõ obligarũt se inuicẽ stipulatione, vel aliqua valida conuẽtione, nec vt quilibet eorum teneretur massas seu Marcheas argenteas, võ den Gewercken emptas, redigere in monetã, nec se astrinxerũt ad simultaneã, & cõmunem monetã cudendã, sed in hoc ante eiusmodi separationẽ steterunt liberi, sed solũ per primum Art. in prima conuentione fuit inductum secundum scil. quod non possint se separare in moneta, &c.

nec

hec eam sine consilio, & consensu subditorum mutare, & tamen in sequenti Articulo secundæ conuentionis, expresse conuentum est, quod ipsi debeat esse in eo statu, in quo fuerunt ante separationem. Ergo sequitur, quod illa secunda cōuentio tanquam illa, quæ non possit se compati cum prima, seu quæ est primæ contraria, & ita quod ipso iure sit derogatum primæ, per text. ad literam, in l. Pacta nouissima. C. de pact. quæ scilicet præcise videtur loqui in similibus terminis, quando secundum pactum non potest se compati cum primo, quod tunc secundum deroget primo. Nam ibi præcesserat pactum, de nō petendo, & postea interuenit secundum pactum, quo erat cōuentum, ne Reus vteretur prima conuentione, scilicet pacti de non petendo, & ibi dicitur: Quod Actor, non obstante prima conuentione, poterit agere prima actione, quia secunda actio non potest se compati cum prima. Ita præcise videtur esse in præsentiarum, vt patet ex inspectione prædictorum duorum articulorum. Nam ante separationem potuerunt pro libito mutare monetam, nec habebant requirere assensum suorum subditorū, & hoc erat eis sublatum per primam conuentionem, & per secundam redierunt ad eum statū in quo fuerunt ante separationem; Ergo &c. Et sic iste casus videtur præcise comprehensus propter prædictam incompassibilitatem seu contrarietatem secundæ conuentionis cum prima in Regula in specie tradita, in d. l.
5 Pacta nouissima, quæ sc. habet, † quod vltima pacta valeant, & derogent prioribus, *& in l. Si vnus. §. pactus ne peteret ff. eo. tit. & facit tex. in l. 1. §. fin. de stipulati. seruo.* Sicuti etiam deciditur in vltimis voluntatibus. l. Clari, cum simil C. de fideicommissis, quod scilicet vltima voluntas posterior deroget priori. Et † sicuti in vltimo testamento semper inest tacite clausula cassans & irritans etiam aliud testamentum præcedens: Ita etiam in contractib. pro tanto, quod non sit necesse apponere illa verba: Cassantes & irritantes omnem alium cōtractum præcedentē &c. quia hoc tacite intelligitur, *tex. est sing. in iure, quem ibi multum not Bald. in c. 1. de transact.* Et si obiiceretur ex aduerso, quod Principes non rediissent simpliciter per secundam conuentionem, quo ad monetam, ad statum in quo fuerunt ante factam separationem, sed cum modificatione, & limitatione, quæ sequitur in eodem Articulo, cū immediate subiicitur, **Doch an der Marck vmb ein halbes orth/darnon der Machtspruch meldet/ vnd also vmb einen orth eins gülden zu fallen.** Quia responderi potest, quod ibi nullum est verbum obligatiuum, per quod Principes inuicem se astrinxerint, siue obligauerint, videlicet, **Daß sie an der Marck nicht höher dann vmb ein orth fallen sollen vnd wöllen.** Et istud verbum, **sollen**/in prin. 2. conuentionis positum, non potest referri ad illa verba, **vnd also vmb ein orth eins gülden zu fallen**/ quia Grammatica ipsa non patitur hoc, quod verbum, **sollen**/in principio positum, dum dicitur: **Der Müntz halben ist abgeredt/daß wir beyderseyts im stand stehen/ vnd mit einander müntzen sollen**/comprehendit etiam illa verba, **Vnnd also vmb ein orth eines gülden zufallen**/ quia esset plusquam inepta locutio, scilicet: **Es ist abgeredt/daß wir beyder seyts mit einander müntzen sollen/vnd also vmb ein orth eines güldē zufallen**/ quod non potest constitui cum verbo obligatorio, **wir beyderseyts sollen**/ &c. Per quæ omnia iam videtur posse inferri responsio ad tertiam quæstionem, quod sc. Illustrissimi Principes N. possint, non obstante diuisione paterna, nec prima & secunda pactionibus: cū primæ intelligatur per secundam derogatum, de prædictis massis disponere pro voluntate, & arbitrio suarum Celsitudinum, & quod virtute earundem ad nullam communem fabricaturam monetæ, erga Ducem N. de eiuscemodi argenteis massis pro dimidia parte ad Serenitates corundem pertinentibus astricti sint: Sed quod possint, si Illustrissimus Princeps Dux N. non velit in hoc concordare cum Principibus nostris, seorsim monetam iustam, & legitimam, iuxta formam à iu[re tr]aditam, facere fabricari.

Imo posito pro constanti, quod communi vtilitati expediret, quod Principes N. facerent cudi paruam monetam, vilioris valoris, quam huc vsque fecerint, & ita quod esset contra communē vtilitatem; licet aliqui auari mercatores inde ditarentur, si minuta moneta diutius cuderetur in valore quomodo cusa est, tunc intrepide concluderem, quod dato, q̀ Principes fuissent sibi inuicem obstricti ad simultaneam, & communem monetam cudendam, quod tamen nihilominus ob communē magnam vtilitatem, siue commodum Reipub. principes ex officio eorum essent obstricti prouidere communi vtilitati, præsertim subditorum suorum, & ita facere cudi monetam, per quam consuleretur subditis, pro tanto, q̀ si Princeps N. non vellet in hoc assentiri Principibus nostris, nec cum eis in hoc conuenire, quod tamen Principes N. nihilominus propter communē vtilitatē possent, de iure, de prædictis massis argenteis facere cudi monetam iustam, & legitimam, † prout de iure cudi moneta 7
debet, iuxta sc. valorem massæ, quæ scilicet massa est metrum, & mensura, siue norma, & regula monetæ, prout docet gl. in l. 1. in verbo, Probet. ff. de contrahen. empt. & vend. & ibi Bal. notat istam gl. dicens: Nota istā gl. ex qua habes, quod tantum debet valere argentum signatū, seu formatum, quantū valet in massa. & latius declarant Inno. Host. & Canonist. in c. Quanto, de iureiur. Quod sc. taliter cudatur moneta, vt ille qui facit eam cudi, attendat valorem metalli, & tantundem quantum valet metallū ponatur in moneta, deductis tamen expensis, & dicit ibi notan. Io. de Imo. *post prin. 3. col. versic. Et nota.* Et nota, quod secundum leges tātū debet valere pecunia in massa, & sic nōdum formata, quam in forma. Quia olim exprimebatur expensis de publico, *vt l. 1. ff. de contrah empt.* Sed hodie secus formatur, quia tanto minus valet, quāta est expensa, quæ occurrit in faciendo ipsam cudi, & vltra hoc aliquid minus, quod cedit lucro superioris, à quo pecunia accepit authoritatem. Nam tale lucrum est licitum, secun. Inno. dummodo sit modicum. Subiungens: Et sic cottidie seruatur. Et † sic liquido videtur inferri, 8
quod Principes N. etiam si fuerint in contrariū astricti, possint p̀ cōmuni vtilitate, præsertim suorum subditorum, & ad præcauendum damna in futurum, quæ subditis eorundē iam multis annis, ex permissione tanti valoris illata fuerint, mutare monetam, & facere cudi aliam minoris valoris, iuxta tamen prædictam mensuram, & regulā massæ, & hoc facerent iuste & recte, etiamsi inde percipiant lucrū, & tanto magis, cum per istam permissionē nouæ monetæ minutæ consulatur subditis principaliter, & ex consequenti ēt Principibus: Non obstantib. rationib. Mercatorū, & negociatorū mihi in scriptis traditis, quia bonis & optimis fundamētis in iisdem scriptis sublatæ sunt. Et q̀ illa decisio, stante sc. p̀ vero, quod per hæc consuleretur cōmuni vtilitati, sit æquitati & iuri cōsona, probatur etiam breuiter, non eundo per mēdicata suffragia, in l. Quod semel ordo decreuit, nō oportere id rescindi. D. Adrian. Nicodemo lib. 1. scripsit & sequitur in litera: Nisi ex causa, id est, ad vtilitatē publicā respiciat recisio prioris decreti. ff. de decre. ab ord. faci. Ita in proposito licet Principes N. prius conuenerint de faciendo cudi monetā in minore valore, si hoc sit cōtra Rempub.

& ita contra communem vtilitatem, ista conuentio debet rescindi, dummodo tamen faciant cudi monetam iustam & legitimam, prout de iure cudi debet, scilicet secundum formam à iure præscriptam, supra relatam. *Et pulcher tex. in c. Sciat. ibi, Nam plurimorum vtilitas 7. quæst. 1. & c. Bene, la. & ibi pulchra gloss. in verbo. Ob communem, de postulatio. prælato.* & notab. text. in l. Vnica. pen. §. vbi dicitur: 9 Sed † quod communiter omnibus prodest, hoc rei priuatæ nostræ vtilitati præferendum esse censemus, nostrũ esse proprium subiectorum commodum imperialiter existimantes. C. de cadu. tollend. & dicit Bart. ibi. nota vltimo, quod quæ præsunt omnibus, debent præferri vtilitatibus priuatorum, *& bonus text. in cap. In nostra. de iureiurando, & pulchre Bart. & Legist. in l. 1. per iura ibi per eos adducta. ff. Solut. matrim.* Et in proposito nostro optime alludit notabilis decisio Card. Flor. in Consi 86. *incipien. Dominus Nicolaus Marchio, ibi principaliter, per text. in d. cap. In nostra, Consuluit in fortissimis terminis*, videlicet, quod vniuersitas potest venire contra proprium contractum, cum subdito celebratum, & reuocare statutum factum super illo contractu, quando scilicet facit ex causa pacis, vel aliqua causa publica. Quam decisionem refert & seq D. Ias. in l. Barbarius, *in 7. colum. vers. duodecimo facit.* ff. de offi. prætor. & allegat pro ista decisione meliorem text. vbi hoc optime probatur, scilicet, d. l. Quod semel. Subiungens. Et secundum hoc debet imitari decisio Bart. in plerisque locis, dum tenuit, quando statutum principis vel populi transiuit in contractum, vel quasi, puta quia factum sit statutum, quod quicunque venerit ad habitandum in tali loco, sit exemptus perpetuo, postquam aliqui venerint ad habitandum, possit reuocari. *Ita tenet Bal. in d. l. Quod semel, & plenius in l. omnes populi, in 4. qu. princ. & de iust. & iur. cum mul. concor.* quia debet intelligi, nisi ex causa publica, vt ex prædictis patet &c. Et confirmantur ista per text. in l. fi. §. Titius, alias fin. per quem tex. notat ibi Bart. & Bal. quod propter vtilitatem publicam possit Officialis accipere res personarum priuatarum. ff. de pign. act. *Et quod pulchre notat idem Bald. in l. Nullam, in prin. C. de Epi. & Cle.* Et sic patet, quod etiam propter publicam vtilitatem minui à principe permissum sit, quod alias sibi non competit de iure, & fortificantur prædicta etiã per hoc, quod notabiliter vult Bal. in d. l. Clari, vbi decidit: Quod licet statuentes, qui iurarunt statuta condita non mutare, ea mutare possint, pro tanto, quod statutum in contrarium conditum non valeat, quod tamen possint mutare, non obstante iuramento: si iusta causa superuenerit. Cum semper in iuramento videatur inesse clausula, rebus sic se habentib. *Arg. eorum quæ notantur in l. Quod seruus. ff. de condi. ob causam* Subiungens etiamsi verba statuti dicerent, quod statutum sit præcisum, quod idem est dicere, quod immobile. Nam quæ de nouo emergunt, nouo auxilio indigent, *vt in l. 1. in pr nc. ff. de vent. inspi. & ff. de interr. actio. l. de ætate. §. ex causa*, & accedit etiam bonus tex. & quod ibi notant Canoni. in c. Suggestum, vbi dicitur, quod etiam priuilegium impetratum à principe ex post facto, incipiat esse nociuũ, vel inferre aliis magnum damnum, debeat reuocari, de deci. *& bene facit lex, Quotiens. Cod. de preci. Imp. offerendu* Ex quibus iam liquidissime infertur, & concluditur, quod si Principes essent, & fuissent obstricti ad faciendum cudi communem, & simultaneam monetam, & quod à principio constituissent eam cudi in tanto valore, & tamen postea cœperit esse nociuum communi vtilitati, ita quod subditi cõmuniter ex tali moneta magnum sentirent damnum, ex causis expressis in charta mihi oblata, & huic damno prouideri posset, si moneta cuderetur in minori valore, iuxta tamen formã à iure præscriptam, quod Illustrissimi Principes N. possint propria authoritate, si Dux N. non vellet, cum eis consentire, de sæpe nominatis massis argenteis, propter scilicet communem vtilitatem facere cudi talem monetam minoris valoris, secundum tamen formam iuris supra præscriptam, potissimum cum ex ista percussione nedum subditi, sed etiam Principes ipsi cõmodum sentirent. Ex quo infertur, quod stante isto pro certo, quod expediat cõmuni vtilitati, illa mutatio monetæ minutæ: quod Consiliarii Ducis N. consulentes suę Cels. contrarium, propter suas & priuatas vtilitates, præferentes eas communi vtilitati, & Principes subditorum, non sint vocandi Consiliarii, sed deceptatores, prout tex. in d. c. Quanto. vocat Consiliarios principis deceptores, qui sc. dominis non consulunt id, quod est bonum, & licitum. Et † Imperator in §. Festinabis, in Auth. de mand. 10 prin. col. 3. describit, quales debeant esse Consiliarii principum, & dominorum, inquiens. Festinabis etiam Consiliarium, vsque ad ver. Talem vero. Nec principibus N. obstare posset, quod communiter concludunt dd. in d. c. Quanto, quod scilicet principes & domini, habẽtes potestates, siue ius cudendi monetam, nõ possunt eam minuere sine consensu populi, sed cum eius cõsensu sic, &c. Nam dd. loquuntur in illis terminis, quando nolunt minuere monetam, quam debeant cudere secundum formam à lege præscriptam, & non in diminuendo recedere à forma à l. præscripta non autem in istis, quando volunt facere cudi monetam conformem massæ, vt supra deductum est. Ergo &c.

THEMA CONSILII LXI.

Quod valeat testamentum cõditum secundum consuetudinem loci, coram duobus testibus. Et quod in testamentis præsumpta mens testantium magis sit attendenda, quam verborum dispositio.

SVMMARIA.

1 *Valet consuetudo, quod liceat testari coram duobus testibus.*
2 *Casus omissus habetur in testamento pro omisso, & remanet in dispositione iuris communis.*
3 *Dispositio testatoris extenditur ad casum, de quo verisimiliter dispositurus fuerat, si de eo cogitasset.*
4 *Voluntas, & mens testatoris magis attendi debet, quam verba.*

CONSILIVM LXI.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. In præsenti consultatione, de duobus quæritur. Primo, vtrum testamentum B. secundum consuetudinem ciuitatis B. factum coram duobus testibus, valeat. Et respondetur, quod sic. Secundo vtrum legatum domus factum filiis fratris, sub conditione, si contingeret filiam testatoris mori sine hærede masculo, debeatur filiis fratrum, in casu quo filia testatoris decessit relicto post se filio, qui tamen etiam ante testatorem decesserit. Et respondetur, quod sic. Et prædictæ Responsiones ex sequentibus confirmantur.

Prima Responsio patet, cum communis, & vera opinio dd. sit, † quod statutum, vel consuetudo detrahens 1 solennitatibus iuris communis ad testamentum, siue aliam vltimam voluntatem requisitis, & ita etiam disponens, quod quis possit testari etiam coram duobus testibus, valeat & teneat, *vt notant Cyn. Bart. Bald. Sal. Fulg. & D. Ias. in l. 1. C. de sum. trin. & fide catho. Bald. & Sal. in l. Si non speciali, & in l. 2. Cod. de testa. Ange. & Paul. de Cast. in l. 3. ff. de testa. per iura*

per iura & rationes, de quibus per dd. in præallegatis locis: & cum hoc certum sit, videlicet, quod sit ciuis Brunſ. testamentum, vel alia vltima voluntas, secundum consuetudinem vrbis Brunſ. sequitur, quod tale testamentum valeat & teneat, secundum prædictam communem opinionem, à qua consulendo & iudicando non est recedendum, *per vulgaria*. Sed pro maiori euidentia, & veritate secundæ Responsionis principalis, oppono fortiter contra eam: videtur enim, quod nullo modo possit procedere, quia præfatus testator in illum casum tantum legauit domum filijs fratris sui, si scilicet contingeret filiam suam mori sine hærede masculo ex corpore, sed quia ipsa non decessit sine hærede masculo ex corpore, cũ reliquerit filium
2 &c. Et per consequens † iste casus tanquam omissus remanet in dispositione iuris communis, virtute vulgatæ Regulæ, quæ habet, quod casus omissus à testatore, habeatur pro omisso, & relinquit dispositioni iuris communis, l. Commodissime, vbi si testator instituerit posthumum in vnum casum, si scilicet viuo eo nascatur, non intelligitur in alium casum, sc. si eo mortuo nascatur, institutus, sicut nec è contra. ff. de lib. & posth. *& dicit Bald. in Cons. 167. incip. Quidam Franciscus carens filiis masculis, donauit &c. in 2. colum. vers. Quandoq., de posth. in fin. vers. Quod in vno casu omisso præsumatur tacita voluntas, per tex. in l. Melius Codicill. §. veteranus. ff. de test. mil.* sicut alias casus omissus habetur pro omisso, & remanet in dispositione iuris communis. *l. Si cum aliter. ff. de condi. ob causam. l. si cum dotem, in prin. ff. Sol. matr. c. susceptum, de rescriptis, in 6.*

Per quæ iura claret, quod is qui prouidet in vnũ casum, nõ censetur prouidere in alio casu. Hinc Bald. dicit in l. 1. cum proponebatur in prima oppositione, quod omissum à testatore in scriptura, & probatione verborum dispositiua, habetur pro omisso. ff. de leg. 2. Sed iste casus hic omnino fuit omissus, ergo videtur, quod sit habendus pro omisso. Specialis enim prouisio sic arctatur ad casum expressum, quod non pertinet ad alium. *d. l. Commodissime, quam ibi ita sumit Bal.* per quæ videtur ita concludendum, quod ille casus remaneat in dispositione iuris communis, & per consequens mortua vxore B. S. domus eius pertinet ad filias filiæ suæ, der Wat [?] cum defecerit conditio, sub qua præfata domus filijs fratris sui fuerit relicta.

Sed tamen prædictis, & quibuscunque alijs non obstantibus, decisio vel Responsio secundo data, in præsentiarum remanet vera, & non addocendo remota, veritas eius probatur per tex. ad literam, in l. fin. secundum communem intellectum. C. de posth. hæred. inst. Nam est ibi casus secundum gl. mag. in 2. solutione, *quem tenet ibi Bar. Bald. Saly. Ang. & Alex. de Imo. Bart. Bald. & Alex. in d. l. Commodissime, Bald. in d. l. Sicum dotem, in princ.* Quod si testator in testamento suo instituat posthumos hoc modo dicẽdo: Si filius vel filia intra decem mensium spacium editi fuerint, hæredes sunto. Vel ita dixit: Filius vel filia, qui intra 10. menses proximos nascentur, hæredes sunto. Et testatori nascitur filius vel filia, ipso adhuc viuo, intra tamen 10. menses à morte testatoris annumerandos, quod tamen eius voluntas manet immutilata, & tamen ibi solum fuit facta prouisio, & ita institutio posthumi in vnũ casum, scilicet post mortem præteritum, testatoris, intra 10. mensium spacium nascituri, & tamen extenditur ad alium casum, quia ibi secundum communem & verum intellectum testator in infirmitate constitutus, non cogitauit de illo casu, sed quia est omnino verisimile, quod etiam si de illo casu, scilicet si contingeret filium, vel filiam viuo se, tamen infra 10. menses, &c. nasci, quod idem disposuisset de ea: & iste intellectus secundum omnes dd. est verus. Ad idem alludit opt. text. qui secundum Bald. non est alibi, in l. Titius. §. Lucius, vbi Lucius Titi. instituit in testamento suo, id quod neptis sui r[?]agẽs in vtero habebat, hæredem ex parte, & partus erat natus hora 6. de mane, eo scilicet die, quo testamentum condebatur, & sic non erat in vtero amplius, † & tamen in- 3
stitutio extenditur etiam ad illum casum, nõ expressum: quia si testator cogitasset etiam de isto casu, idem prouidisset de eo. ff. de lib. & posthu. per quem tex. Bart. & Legistæ tradunt Regulam, ibi; Quod scilicet prouisio testatoris facta in vnum casum, porrigitur ad alium, in quo testator idem verisimiliter prouidisset, si de eo cogitasset, aut interrogatus fuisset, *& patet per d. l. fin.* Bene etiam facit text. in l. Cum res, in 1. Respon. vbi parificat tex. id, quod testator expresse voluit, & id, quod verisimile est eum voluisse, dum inquit: Nam si alibi voluit, ibi præstanda est, vbi testator voluit, vel vbi verisimile est eum voluisse, &c. ff. de legat. 1. Per quæ iam patet, in præsentiarum non obstare tex. in d. l. Commodissime, &c. quia Regula tradita in d. l. Commodissime, cum similibus, supra allega. quæ scilicet habet, quod omissus à testatore, habeatur pro omisso: vel quod dispositio facta in vnum casum, non porrigetur ad alium, limitetur per d. iura. Nisi ex præsumpta, & simili, siue coniecturata voluntate siue mente testatoris sore disponentis, aliud inducatur. Accedit text. in l. Iam hoc iure, in princ. ff. de vulg. & pupilla. substi. vbi testator substituens vulgariter ex præsumpta eius voluntate, intelligitur etiam substituere pupillariter, & è contra & est Regu. gloss. communiter approbata in l. tale pactum. §. fin. in verb. in gloss. in fin. ibi, dum inquit: Et nota id esse de iure seruandum, licet non sit statutum, quod verisimile est statutum fuisse, si hoc quæsitum fuisset, &c. ff de pactis, quæ gloss. quotidie ad hoc allegatur, quod nedum in ll. & statutis, sed etiam in rescriptis, conuentionibus, & in omni dispositione illud habeatur pro disposito, quod verisimiliter fuisset dispositum, vel statutum, si disponens de hoc fuisset interrogatus, *& bene facit text. in l. Barbarius. in vers. Sed si fuisset. ff. de officio prætoris*, & confirmatur nostra decisio, quod per ea quæ notabili. determinat Petrus de Anchor. in Consil. 219 *incip. Nostrum prima facie non est videri, &c.* Quod si testator infirmus languens corpore, & diues, habẽs filios ex vxore, nupserit vni puellæ de nobili genere, pauperi tamen, quia alias non nupsisset sibi languido, & habenti filios ex vxore præmortua, propter renumerationem quandam in testa. legauit huic vxori suæ iuueni, & nobili 300. flor. si (ecce sub conditione etiam) nuberet per totum mensem Ianuarij tunc sequentem: & tamen ipsa non nupsit infra dictum tempus, quia testator in tantum vixit, quod infra tale tempus à testatore præfixum, non poterat nubere, quod tamen nihilominus ei debeatur illud legatum: & probat illam pulchram decisionem pulchris rationibus, præsupposito scilicet, quod testator fuit motus ex causa rationabili in adijcienda tali conditione, &c. & inter alias hanc rationem assignat, inquiens: Item quis dubitat, quod si testator fuisset interrogatus in casu quo non decederet infra mensem Ianuarij futurum, sed postea ea tunc nubente, vis etiam habere legatum, & credendum, & verisimile est, quod respondisset, Volo, quia ita subest causa, & ratio mouens eum ad legandum post mensem Ianuarij, sicut ante, *& allegat ad hoc gloss. in d. l. Tale pactum, in §. fina.*

Quę decisio optime facit, vt apparet, ad pręsentẽ casum, vt supra in vulgari sufficienter adductũ est, quare hic nõ repetitur, sed ibi adducta probantur esse iuris. Et bene facit determinatio Salyc. in d. l. fin. ad quæst. ibi per eum motam, vbi quærit: Si testator instituit ventrẽ vxoris suæ, si mascu-

si masculum pariat, & eo in pupillari ætate decedente, substituit Caium: si vero pareret filiam, prouidit ei legitime, &c. Contingit, quod mortuo testatore, vxor prægnans decessit, & quod ex ventre secto extractus est masculus, qui post aliquos menses etiam moritur; An Caius ei substitutus ex pupillari substitutione admittatur: & videbatur, quod non, quia institutio & substitutio fuit facta de filio, quem mulier pareret, sed mulier non videtur peperisse. *l. Anniculus, & l. 1. §. fin. ff. de verb. sign.* tamen ipse eleganter determinat contrarium, allegando Bald. in suo consilio, vt ipse refert: Quia extensio fit etiam ad casum similem, ex præsumpta mente testantis. *vt ibi, in d. l. fin. vt ibi latius per eum.* Refert & sequitur Alex. de Imo. ad fi. & respondet ad d. leg. Anniculus, quia loquitur ibi, quando dispositio erat facta non in fauorem nascituri, sed in fauorem mulieris, &c. Et valde notab. decisio, quę scilicet habet, quod si testator instituit filios suos heredes vniuersales, vxori vero reliquit vsumfructum certi fundi, si vidua remanserit, & vitam vidualem seruauerit, & post mortem reliquit talem fundum Titio: Accedit, quod mulier testatore mortuo non remansit vidua (sicuti hodie paucæ remanent viduæ, nescio quo instinctu, sed conuolant ad secundas nuptias) quod scilicet Titius statim debeat habere illum fundum, nõ expectata morte mulieris, & hoc ex coniecturata mente testatoris, quia ideo reliquit fundum Titio post mortem vxoris, quia credebat, quod ipsa maneret in viduitate donec viueret, & ita vsque ad mortem. Et ita decidit Ioa. Andr post Richar. Moli. referens istam quæstionem fuisse disputatam Bononiæ, *in addition. ad Spec. in tit. de secun. nupt. super Rub. per l. Si mulier. ff. ad Trebell. & l. Si mater. Cod. de instit. & substit. Et cum Ioan. Andr. commun. transeunt Doct. vt Bald. in Authen. Quod locum. Cod. Si mulier secun. nups. Paul. de Cast. in l. Si quis hæres ita. ff. de acqui. hered. & in d. l. Si mater.* Alexan. de Imo. *in l. Gallus. §. Et quod si, in fine 3. colum. vers. Adde quod Ioan. And. cum princ. sequ.* dicens: Quod de illo casu fuerit pridie interrogatus, quod si testator filios hæredes instituerit, & legauerit vxori suæ 1000. quib. frui posset, donec in viduitate, & honestate permanserit, & post mortẽ eius voluit ista mille dari Titio: Contigit, quod ista mulier transiit ad secunda vota. Et concludit: Quod Titius ea viuente debeat habere 1000. ex pręsumpta mente, & illam decisionem Ioan. Andr. tenet etiam D. Ias. in d. §. Et quid si tantum. ff. de lib. & posthu. *in 3 col. vers. Ista doctrina Bar. facit, &c. cum concordan. ibi per eum adductis.* Subiungens, quod ista sit vera, & communis opinio, & consulendo, & iudicando tenenda, *vt in d. §. Lucius, & in d. l. Si mater.*

Vltimo fortificatur Responsio ista secunda, quia vbi apparet de voluntate, seu mente testatoris, nõ est curandum de verbis. *l. Cum virum. C. de fideicommiss.* l. Si quis filiũ. C. de liber. præteri. vel exhæred. vbi text. ponit pulchra verba dicens: Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam tantum valeat, vt melior sensu existat, per quæ verba claret, † quod voluntas testatoris semper sit magis attendenda, quam verba, quia voluntas testatoris censetur regina, & dominatur verbis. *l. In conditionibus primum locum. ff. de cond. & demonstrat. & pulcher text. in cap. Sedulo.* quod allegat glo. in d. l. si quis filium, in verbo, Sensu, vbi dicitur: ita præponendas esse sententias verbis, vt præponitur animus corpori, 38. distinct. *& bonus text. in l. Publius Mettius, in fine, ff. de condic. & demonstra.* Et sic istis est optime & irrefragabiliter Responsio secũda fundata, & tertia Responsio est sine dubio, cum de iure communi, quilibet est moderator & arbiter in re sua propria, *vulga. l. in re mandata, C. mandati.*

THEMA CONSILII LXII.

Quod in successione collateralium vltra fratres, & fratrum filios, ius repręsentationis de iure ciuili non habeat locum, & pluralitas vinculorum non attendatur.

SVMMARIA.

1 *Computatio graduum secundum ius ciuile, in collateralibus quomodo fiat tam in linea æquali, quam inæquali.*

2 *Quod alia fiat computatio secundum ius Canonicum: & quare in computatione graduum inter ius Canonicum & ciuile sit diuersitas.*

3 *Filius duobus casibus tantum subintrat in locum patris sui.*

CONSILIVM LXII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Honesta ac nobilis matrona M. relicta G. E. sine testamento ac vltima voluntate, sicque ab intestato, & sine liberis ex se genitis decessit, ac opulentam hæreditatem, simulque vxores quorundam nobilium ei cognatas, reliquit, videlicet ex vna, vxorem validi M. à V. ex sorore matris defunctæ M. natam, sicque ei in quarto consanguinitatis gradu coniunctam, & altera parte, vxores etiam validorum N. à B. & C. M. defunctæ M. sororis consanguineæ tantum neptes. Nunc quæstio inter prædictas duas partes oritur, quæ defunctæ M. propinquior in gradu sit, ita videlicet, vt hæreditatem eius sibi delatam esse contendere possit. Cui quæstioni hæc breuis responsio iuri & æquitati consona datur; Quod ambæ partes, tam vxor M. à V. quam vxores N. à B. & C. M. defunctæ M. de iure ciuili in quarto gradu (quum hic non tractetur de successione fratris, sororis, & eorum filiis, in quibus casibus pluralitas vinculorum attenditur) coniunctæ fuerint. Ideoque defuncta M. omnia sua bona mobilia & immobilia, quæ tempore mortis habuit, secundum ius ciuile, ad ambas partes æqualiter: cum vxor M. à V. defunctam M. in quarto gradu attingat, similiter & vxores N. à B. & C. M. in quarto gradu ei coniunctæ sint, propter æqualitatem gradus deuoluerit, sicque diuisio eorum in capita fieri debet. Et hoc est sine dubio, si præsens quęstio secundum ius commune diiudicaretur: si vero secundum ius Saxonum determinaretur, tunc vxor M. à V. ad bona relicta admitteretur sola, excluderetque vxores N. à P. & C. M. tanquam ex vno latere tantum defunctæ M. coniunctas. Nam hoc modo pronunciatur à Scab. M. & L. quine sie duplicitatem vinculorũ in omni successione præferunt, Quod hæc Responsio sit vera, & iuri consona, stante scilicet contingentia facti in veritate, breuiter patebit. Et primo claret, quod defuncta M. & vxor M. à V. fuerunt consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, & per consequens in quarto gradu. §. *Sed quidam recte consobrinus. Institu. de gradibus cognatio.* l. Iurisconsultus. §. Quarto gradu. vers. Eodem gradu, vbi dicitur: Eodem gradu sunt & illi, qui vocantur fratres patrueles. Item sorores patrueles, consobrini consobrinæ, &c. ff. de gradibus. per quæ iura patet, quod de iure ciuili gradus in linea transuersali æquali à stipite duplicentur. Ideo † Doctores tradunt 1
talem regulam in eis de iure ciuili, scilicet quoto gradu alter eorum remotus est à communi stipite, toto duplicato distant inter se. Vnde fratres, siue sorores de iure ciuili sunt in secundo gradu, quia à communi stipite sunt in primo gradu, & filii fratrum, vel sororum sunt in quarto gradu, quia ab eorum stipite, scilicet ab auo. siue auia, sunt in secundo, & per consequens inter se distant

stant

stant in quarto gradu. Per quæ constat, quod defuncta M. & vxor validi à V. tanquam consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, inter se distabunt in quarto gradu. Et alii ponunt ita istam Regulam: Sed est idem collateralium in linea æquali, cuiusmodi sunt fratres & sorores, & eorundem filii, & filiæ, cum omnes distant à communi stipite; vt patet, quoto gradu quis distat à communi stipite, toto gradu duplicato distant inter se, vel sibi attinent. Nam secundum leges, quælibet persona gradum
4 facit in collateralibus. † Computatio enim Legistarum ob aliam causam fit, scilicet propter successiones &c. quam computatio Canonistarum, quæ scilicet fit propter matrimonia &c. & in transuersalibus in linea inæquali à communi stipite, traditur alia regula de iure scilicet ciuili, siue secundum ll. videlicet talis, quia quot sunt personæ, tot sunt gradus, stipite dempto, vna scilicet personis communis stipitis, vnde filius, vel filia fratris, vel sororis, est in tertio gradu cum patruo, vel matertera &c. hoc est, cum fratre patris, vel matris sororis &c. *per text. ad literam in l. Consanguinitatis iure, in fin. & Auth. Cessante, in fi. Cod. de legit. hæred.* &c. quia sunt quatuor personæ cum stipite &c. & nepos fratris in quarto gradu, quia sunt quinque personæ, cum stipite eius &c. Licet sit et alia computatio iu eis secundum ius Canonicum, vt in c. fi. de consang. & affinit. De qua computatione nihil ad propositum nostrum, cum hic agatur de succedendo. Et sic patet, quod cum T. filia B. fuerit in tertio gradu, cum defuncta M. quia fuerunt quatuor personæ, scilicet communis stipes pater defunctæ M. & B. & filia eius T. quod filiæ T. vxores N. à P. & C. M. neptes ex sorore consanguinea tantum fuerunt ei in quarto gradu coniunctæ, cum fuerunt quinque personæ. Ergo &c. Vt omnia ista patent melius ex arbore consanguinitatis, *vt dicit tex. in §. fin. Instit. de gradib. cognatio. per Regulas Ioan. And. Christo. Por. circa Arborem, & pulchre etiam per Ioan. Fab. Inst. & eo. tit. in fin. 1. col. vers. in linea verò transuersali, cum seq. & Philip. Dec. in l. 2. versicul. Circa computatio. Cod. de success. edict.* Ex quibus euidenter sequitur, quod cum vxor N. à V. & vxores B. & M. fuerunt in pari gradu, quarto scilicet, cum defuncta M. quod bona hæreditaria eiusdem fuerunt æqualiter ad eos ab intestato delata, & quod ipsi æqualiter de iure ciuili, in capita succedant. Authen. Post fratres, la 1. & in corpore vnde sumitur. C. de legit. hæred. vbi dicitur: Post fratres fratrumq; filios vocantur, quicunque gradu sunt proximiores, aut pares in gradu pariter admittantur, sublata differentia masculorum, & fœminarum, sola namque cognatio in talibus spectatur, fiat autem diuisio in capita, & non in stirpes, per quem tex. apte claret, quod extra casum Authe. præcedentis, filii vel filiæ, non repræsentant personam patris, vel matris. Et ideo Cyn. Barto. Saly. Paul. de Cast. in d. Authen. Post fratres, not. concludunt: Quod filius &c. solum in duobus casibus, intret locum patris sui, & ita filia in locum matris. Primus, quando agitur de successione aui, tunc enim nepos ex filio prædefuncto succedit in locum patris sui mortui in successione aui, vt scilicet vna cum patruo admittatur. *§. Cum filius. Instit. de hæred. quæ ab intest. Authen. in successione, & in corpore vnde sumitur. Cod. de suis & legit. libe.* Secundus casus, quando agitur de hæreditate patrui tantum, hoc est, fratris patris, &c. Qui est in tertio gradu. *§. Reliquum, in Authen. de hæred. ab intest. colla. 9. Authen. Cessante, inde sumpta. Cod. de legit. hæred.* Hinc Ang. in d. §. Reliquum,
5 in 4. nota. inquit: † Quod solum filius obtinet locum patris, quando agitur de successione patrui carnalis, qui sit in tertio gradu, secus si agitur de successione aliorum collateralium, in vlteriori gradu: Tunc enim filius in locum patris sui, vel filia in locum matris, non surrogatur, & subdicit illud esse notandum, quia pridie fuit consilium contrariũ, & male, & nos refert etiam & sequitur Philip. Deci. *in d. l. 2. ad fin. 2. colum cum princip. seq.* & dicit, Quod ista conclusio, quæ scilicet habet, quod filius, siue filia tantum intret in locum patris, vel matris, quando agitur de successione siue hæreditate patrui &c. probetur manifestatione, quia secundum iura C. & Instit. filius omnino non intrabit in locum patris in successione transuersalium, §. Si plures, Insti. de leg. agna. succe. Vbi si moritur frater, altero fratre superstite, & superstitibus filiis alterius fratris præmortui, solus frater tanquam proximior admittitur, exclusis filiis alterius fratris. *l. Consanguinitatis iure, ibi, perinde cum fratris tui intestati, &c. cum simil. Cod. de legit. hæred.* Et hoc solum reperitur correctum per nouissima iura Auth. in success. patrui carnalis, *vt est text. in d. §. Reliquum, &c.* Ergo in aliis transuersalibus remanent iura antiqua, & correcta &c. Et pulchre etiam Alexand. de Imol. in Consil. 44. *incip. Videretur prima facie dicendum, in fi. penult. colum. cum princ. vlt.* in 5. volum. vbi formaliter inquit: Quia respondeo, quod præterquam quando nepos quærit patruo succedere, & quando nimis fratris quærit patruo succedere, nunquam filius repræsentat locum patris, ad hoc vt excludat alium, qui est & prior in gradu, per d. §. 1. in Auth. de hære. ab intest. cum aliis alleg. ibi per eum, per quæ infert ibi ad casum, de quo ibi quærebatur, dicens: Cum ergo Florius non tractet succedere auo, vel patruo, aut materteræ, aut amitæ, sed tractet succedere Corneliæ sibi consanguineæ, non intret locum patris ad hoc, vt sordanum sibi priorem in gradu excludat. Nec obstat in præsentiarum pluralitas vinculorũ, prout videbatur, per d. Auth. Quia illud quod dicitur, verum sint ex vtroque parente, an ex altero, tunc non habet locum, nisi quando tractatur de successione fratrum, vel patruorum, vel materterarum; secus si de successione vlteriorum, *vt §. Si verò neque fratres, in Auth. de hæred. ab intest.* ibi enim sola propinquitas inspicitur in gradu, non vincula, quib. iunguntur, & ita per illum tex. in specie decidit Bart. Magister veritatis, *in l. post consanguineos. § Legitimo. ff. de suis & legit. hæred. & probatur per text. in d. Auth. post fratres, la 2.* & notant Iacob. de Bel. in d. §. Si verò neque fratres, ante fin. vbi quærit, quod si decessit aliquis, superstitibus fratribus patruelibus, vel cõsobrinis, vni pater erat coniunctus suo patri ex vtroque parente, alteri verò ex vno parente tantum, an simul succedant, an prælationi erit locus. Respondeo, simul succedere debent, & in capita, quia duplex ius consideratur solummodo in fratrib. & filiis fratrum, *vt supra eo. §. Si igitur, & §. Si autem defuncto.* Subiungens: Igitur in aliis personis non est considerandum, *vt notatur C. de legit. hæred. in Auth. post fratres, in gl. quæ incipit: & filiorum filios. & facit supra proximus §. ver Si autem, ibi, quando idem. &c.* Idem tenet per d. §. Si verò neque fratres, & per d. Auth. Post fratres fratrumq; filios. Paul. de Castr. in d. Authe. Quod si pluralitas vinculorum, de quo loquitur Auth. Cessante, non attendatur vltra fratres, & filios fratrum, qui in vlterioribus ius non considerat, nisi propinquitatem gradus. Et ista pluralitas non facit quem in propinquiori gradu esse, vt ibi latius per eum. *Alexander de Imol. in additio. ad Bart. in d. § legitima, cum multis concordant.* Et ita etiam sæpe consului, & est ipsa veritas. Per quæ omnia liquido infertur, quod vxores M. à V. Plat. & M. tanquam pares in gradu defunctæ M. de iure ciuili æqualiter admittũtur in capita ad successionẽ eiusdẽ, cũ pariter fuerunt ei coniunctæ, in quarto scilicet gradu, & est sine omni dubio.

Item

si masculum pariat, & eo in pupillari ætate decedente, substituit Caium: si vero pareret filiam, prouidit ei legitime, &c. Contingit, quod mortuo testatore, vxor prægnans decessit, & quod ex ventre secto extractus est masculus, qui post aliquos menses etiam moritur; An Caius ei substitutus ex pupillari substitutione admittatur: & videbatur, quod non, quia institutio & substitutio fuit facta de filio, quem mulier pareret, sed mulier non videtur peperisse. *l. Anniculus, la 1. §. fin. ff. de verb. sign.* tamen ipse eleganter determinat contrarium, allegando Bald. in suo consilio, vt ipse refert: Quia extensio fit etiam ad casum similem, ex præsumpta mente testantis. *vt ibi, in d. l. fin. vt ibi latius per eum.* Refert & sequitur Alex. de Imo. ad fi. & respondet ad d. leg. Anniculus, quia loquitur ibi, quando dispositio erat facta non in fauorem nascituri, sed in fauorem mulieris, &c. Et valde notab. decisio, quę scilicet habet, quod si testator instituit filios suos heredes vniuersales, vxori vero reliquit vsumfructum certi fundi, si vidua remanserit, & vitam vidualem seruauerit, & post mortem reliquit talem fundum Titio: Accedit, quod mulier testatore mortuo non remansit vidua (sicuti hodie paucæ remanent viduæ, nescio quo instinctu, sed conuolant ad secundas nuptias) quod scilicet Titius statim debeat habere illum fundum, nō expectata morte mulieris, & hoc ex coniecturata mente testatoris, quia ideo reliquit fundum Titio post mortem vxoris, quia credebat, quod ipsa maneret in viduitate donec viueret, & ita vsque ad mortem. Et ita decidit Ioa. Andr post Richar. Moli. referens istam quæstionem fuisse disputatam Bononiæ, *in addition. ad Spec. in tit. de secun. nupt. super Rub. per l. Si mulier. ff. ad Trebell. & l. Si mater. Cod. de instit. & substit. Et cum Ioan. Andr. commun. transeunt Doct. vt Bald. in Authen. Quod locum. Cod. Si mulier secun. nups. Paul. de Cast. in l. Si quis heres ita. ff. de acqui. hered. & in d. l. Si mater.* Alexan. de Imo. *in l. Gallus. §. Et quod si, in fine 3. colum. vers. Adde quod Ioan. And. cum princ. sequ.* dicens: Quod de illo casu fuerit pridie interrogatus, quod si testator filios hæredes instituerit, & legauerit vxori suæ 1000. quib. frui posset, donec in viduitate, & honestate permanserit, & post mortē eius voluit ista mille dari Titio: Contigit, quod ista mulier transiit ad secunda vota. Et concludit: Quod Titius ea viuente debeat habere 1000. ex pręsumpta mente, & illam decisionem Ioan. Andr. tenet etiam D. Ias. in d. §. Et quid si tantum. ff. de lib. & posthu. *in 3 col. vers. Ista doctrina Bar. facit, &c. cum concordan. ibi per eum adductis.* Subiungens, quod ista sit vera, & communis opinio, & consulendo, & iudicando tenenda, *vt in d. §. Lucius, & in d. l. Si mater.*

Vltimo fortificatur Responsio ista secunda, quia vbi apparet de voluntate, seu mente testatoris, nō est curandum de verbis. *l. Cum virum. C. de fideicommiss.* l. Si quis filiū. C. de liber. præteri. vel exhæred. vbi text. ponit pulchra verba dicens: Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam tantum valeat, vt melior sensu existat, per quæ verba claret, † quod voluntas testatoris semper sit magis attendenda, quam verba, quia voluntas testatoris censetur regina, & dominatur verbis. *l. In conditionibus primum locum. ff. de cond. & demonstrat. & pulcher text. in cap. Sedulo.* quod allegat glo. in d. l. si quis filium, in verbo, Sensu, vbi dicitur: ita præponendas esse sententias verbis, vt præponitur animus corpori, 38. distinct. *& bonus text. in l. Publius Meuius, in fine, ff. de condic. & demonstra.* Et sic istis est optime & irrefragabiliter Responsio secūda fundata, & tertia Responsio est sine dubio, cum de iure communi, quilibet est moderator & arbiter in re sua propria, *vulga. l. in re mandata, C. mandati.*

THEMA CONSILIJ LXII.

Quod in successione collateralium vltra fratres, & fratrum filios, ius repręsentationis de iure ciuili non habeat locum, & pluralitas vinculorum non attendatur.

SVMMARIA.

1 *Computatio graduum secundum ius ciuile, in collateralibus quomodo fiat tam in linea æquali, quam inæquali.*

2 *Quod alia fiat computatio secundum ius Canonicum: & quare in computatione graduum inter ius Canonicum & ciuile sit diuersitas.*

3 *Filius duobus casibus tantum subintrat in locum patris sui.*

CONSILIVM LXII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Honesta ac nobilis matrona M. relicta G. E. sine testamento ac vltima voluntate, sicque ab intestato, & sine liberis ex se genitis decessit, ac opulentam hæreditatem, simulque vxores quorundam nobilium ei cognatas, reliquit, videlicet ex vna, vxorem validi M. à V. ex sorore matris defunctæ M. natam, sicque ei in quarto consanguinitatis gradu coniunctam, & altera parte, vxores etiam validorum N. à B. & C. M. defunctæ M. sororis consanguineæ tantum neptes. Nunc quæstio inter prædictas duas partes oritur, quæ defunctæ M. propinquior in gradu sit, ita videlicet, vt hæreditatem eius sibi delatam esse contendere possit. Cui quæstioni hæc breuis responsio iuri & æquitati consona datur; Quod ambæ partes, tam vxor M. à V. quam vxores N. à B. & C. M. defunctæ M. de iure ciuili in quarto gradu (quum hic non tractetur de successione fratris, sororis, & eorum filiis, in quibus casibus pluralitas vinculorum attenditur) coniunctæ fuerint. Ideoque defuncta M. omnia sua bona mobilia & immobilia, quæ tempore mortis habuit, secundum ius ciuile, ad ambas partes æqualiter: cum vxor M. à V. defunctam M. in quarto gradu attingat, similiter & vxores N. à B. & C. M. in quarto gradu ei coniunctæ sint, propter æqualitatem gradus deuoluerit, sicque diuisio eorum in capita fieri debet. Et hoc est sine dubio, si præsens quęstio secundum ius commune diiudicaretur: si vero secundum ius Saxonum determinaretur, tunc vxor M. à V. ad bona relicta admitteretur sola, excluderetque vxores N. à P. & C. M. tanquam ex vno latere tantum defunctæ M. coniunctas. Nam hoc modo pronunciatur à Scab. M. & L. qui ne sic duplicitatem vinculorū in omni successione præferunt, Quod hæc Responsio sit vera, & iuri consona, stante scilicet contingentia facti in veritate, breuiter patebit. Et primo claret, quod defuncta M. & vxor M. à V. fuerunt consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, & per consequens in quarto gradu. §. *Sed quidam recte consobrinus. Institu. de gradibus cognatio.* l. Iurisconsultus. §. Quarto gradu. vers. Eodem gradu, vbi dicitur: Eodem gradu sunt & illi, qui vocantur fratres patrueles. Item sorores patrueles, consobrini consobrinæ, &c. ff. de gradibus. per quæ iura patet, quod de iure ciuili gradus in linea transuersali æquali à stipite duplicentur. Ideo † Doctores tradunt 1 talem regulam in eis de iure ciuili, scilicet quoto gradu alter eorum remotus est à communi stipite, toto duplicato distant inter se. Vnde fratres, siue sorores de iure ciuili sunt in secundo gradu, quia à communi stipite sunt in primo gradu, & filii fratrum, vel sororum sunt in quarto gradu, quia ab eorum stipite, scilicet ab auo, siue auia, sunt in secundo, & per consequens inter se distant

stant in quarto gradu. Per quæ constat, quod defuncta M. & vxor valiui à V. tanquam consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, inter se distabunt in quarto gradu. Et alii ponunt ita istam Regulam: Sed est idem collateralium in linea æquali, cuiusmodi sunt fratres & sorores, & eorundem filii, & filiæ, cum omnes distant à communi stipite, vt patet, quoto gradu quis distat à communi stipite, toto gradu duplicato distant inter se, vel sibi attinent. Nam secundum leges, quælibet persona gradum
a facit in collateralibus. † Computatio enim Legistarum ob aliam causam fit, scilicet propter successiones &c. quam computatio Canonistarum, quæ scilicet fit propter matrimonia &c. & in transuersalibus in linea inæquali à communi stipite, traditur alia regula de iure scilicet ciuili, siue secundum ll. videlicet talis, quia quot sunt personæ, tot sunt gradus, stipite dempto, vna scilicet personis communis stipitis, vnde filius, vel filia fratris, vel sororis, est in tertio gradu cum patruo, vel matertera &c. hoc est, cum fratre patris, vel matris sorore &c. *per text. ad literam in l. Consanguinitatis iure, in fin. & Auth. Cessante, in fi. Cod. de legit. hæred.* &c. quia sunt quatuor personæ cum stipite &c. & nepos fratris in quarto gradu, quia sunt quinque personæ, cum stipite eius &c. Licet tñ ẽr alia computatio in eis secundum ius Canonicum, vt in c. fi. de consang. & affinit. De qua computatione nihil ad propositum nostrum, cum hic agatur de succedendo. Et sic patet, quod cum T. filia B. fuerit in tertio gradu, cum defuncta M. quia fuerunt quatuor personæ, scilicet communis stipes pater defunctæ M. & B. & filia eius T. quod filiæ T. vxores N. à P. & C. M. neptes ex sorore consanguineæ tantum fuerunt ei in quarto gradu coniunctæ, cum fuerunt quinque personæ. Ergo &c. Vt omnia ista patent melius ex arbore consanguinitatis, *vt ducit tex. in § fin. Instit. de gradib. cognatio. per Regulas Ioan. And. Christo. Por. circa Arborem, & pulchre etiam per Ioan. Fab. Inst. & eo. tit. in fin. 1. col. vers. in linea verò transuersali, cum seq. & Philip. Dec. in l. 2. versicul. Circa computatio. Cod. de success. edict.* Ex quibus euidenter sequitur, quod cum vxor N. à V. & vxores B. & M. fuerunt in pari gradu, quarto scilicet, cum defuncta M. quod bona hæreditaria eiusdem fuerunt æqualiter ad eos ab intestatu delata, & quod ipsi æqualiter de iure ciuili, in capita succedant. Authen. Post fratres, la 2. & in corpore vnde sumitur. C. de legit. hæred. vbi dicitur: Post fratres fratrumq; filios vocantur, quicunque gradu sunt proximiores, aut pares in gradu pariter admittantur, sublata differentia masculorum, & fœminarum, solummque cognatio in talibus spectatur, fiat autem diuisio in capita, & non in stirpes, per quem tex. apte claret, quod extra casum Authe præcedentis, filii vel filiæ, non repræsentant personam patris, vel matris. Et ideo Cyn. Barto. Saly. Paul. & Cast. in d. Authen. Post fratres, not. concludunt: Quod filius &c. solum in duobus casibus, intret locum patris sui, & ita filia in locum matris. Primus, quando agitur de successione aui, tunc enim nepos ex filio prædefuncto succedit in locum patris sui mortui in successione aui. vt scilicet vna cum patruo admittatur. *§. Cum filius. Instit. de hæred. quæ ab intest. Auth. in successione, & in corpore vnde sumitur Cod. de suis & legit. libe.* Secundus casus, quando agitur de hæreditate patrui tantum, hoc est, fratris patris, &c. Qui est in tertio gradu. *§. Reliquum, in Authen. de hæred. ab intest. colla. 9. Authen. Cessante, vnde sumpta. Cod. de legit. hæred.* Hinc Ang. in d. §. Reliquum,
b in 4. nota. inquit: † Quod solum filius obtinet locum patris, quando agitur de successione patrui carnalis, qui sit in tertio gradu, secus si agitur de successione aliorum collateralium, in vlteriori gradu: Tunc enim filius in locum patris sui, vel filia in locum matris, non surrogatur, & subiicit illud esse notandum, quia pudie fiat consilium contrariũ, & male, & not. refert etiam & sequitur Philip. Dec. *in d. l. 1. ad fin. 1. colum. cum princip. seq.* & dicit; Quod ista conclusio, quæ scilicet habet, quod filius, siue filia tantum intret in locum patris, vel matris, quando agitur de successione siue hæreditate patrui &c. probetur manifesta ratione, quia secundum iura C. & Instit. filius omnino non intrabit in locum patris in successione transuersalium, §. Si plures, Insti. de leg. agna. succe. Vbi si mortuus frater, altero fratre superstite, & superstitibus filiis alterius fratris præmortui, solus frater tanquam proximior admittitur, exclusis filiis alterius fratris. *l. Consanguinitatis iure, ibi, perinde cum fratris tui intestati, &c. cum simil. Cod. de legit. hered.* Et hoc solum reperitur correctum per nouissima iura Auth. in success. patrui carnalis, *vt est text. in d. §. Reliquum, &c.* Ergo in aliis transuersalibus remanent iura antiqua, & correcta &c. Et pulchre etiam Alexand. de Imol. in Consil. 44. *incip. Videretur prima facie dicendum, in fi. penult. colum. cum prox. vlt.* in 5. volum. vbi formaliter inquit: Quia respondeo, quod præterquam quando nepos quærit patruo succedere, & quando nimis fratris quærit patruo succedere, nunquam filius repræsentat locum patris, ad hoc vt excludat alium, qui est & prior in gradu, per d. §. 1. in Auth. de hære. ab intest. cum aliis alleg. ibi per eum, per quæ infert ibi ad casum, de quo ibi quærebatur, dicens: Cum ergo Florius non tractet succedere auo, vel patruo, aut materteræ, aut amitæ, sed tractet succedere Corneliæ sibi consanguineæ, non intret locum patris ad hoc, vt Iordanum sibi priorem in gradu excludat. Nec obstat in præsentiarum pluralitas vinculorũ, prout videbatur, per d. Auth. Quia illud quod dicitur, verum sint ex vtroque parente, an ex altero, tunc non habet locum, nisi quando tractatur de successione fratrum, vel patruorum, vel materterarum; secus si de successione vlteriorum, *vt §. Si vero neque fratres, in Auth. de hæred. ab intest.* ibi enim sola propinquitas inspicitur in gradu, non vincula, quib. iunguntur, & ita per illum tex. in specie decidit Bart. Magister veritatis, *in l. post consanguineos. § Legitimo. ff. de suis & legit. hæred. & probatur per text. in d. Auth. post fratres, la 2.* & notant Iacob. de Bel. in d. §. Si vero neque fratres, ante fin. vbi quærit, quod si decessit aliquis, superstitibus fratribus patruelibus, vel cõsobrinis, vni pater erat coniunctus suo patri ex vtroque parente, alteri vero ex vno parente tantum, an simul succedant, an prælationi eris locus. Respondeo, simul succedere debent, & in capita, quia duplex ius consideratur solummodo in fratrib. & filiis fratrum, *vt supra eo. §. Sequitur, & § Si autem defuncto.* Subiungens: Igitur in aliis personis non est considerandum, *vt notatur C. de leg. t. hæred. in Auth. post fratres, in gl. quæ inci. it: & filiorum filios. & facit supra proximus §. ver. Si autem, ibi, quando idem. &c.* Idem tenet per d. §. Si vero neque fratres, & per d. Auth. Post fratres fratrũq; filios. Paul. de Castr. in d. Authe. Quod si pluralitas vinculorum, de quo loquitur Auth. Cessante, non attendatur vltra fratres, & filios fratrum, qui in vlterioribus ius non considerat, nisi propinquitatem gradus. Et ista pluralitas non facit quem in propinquiori gradu esse, vt ibi latius per eum. *Alexander de Imol. in addition. ad Bart. in d. § Legitimo, cum multis concordant.* Et ita etiam sæpe consului, & est ipsa veritas. Per quæ omnia liquido infertur, quod vxores M. à V. Plat. & M. tanquam pares in gradu defunctæ M. de iure ciuili æqualiter admittuntur in capita ad successionẽ eiusdẽ, cũ pariter fuerunt ei cõiunctæ, in quarto scilicet gradu, & est sine omni dubio.

Item

si masculum pariat, & eo in pupillari ætate decedente, substituit Caium: si vero pareret filiam, prouidit ei legitime, &c. Contingit, quod mortuo testatore, vxor prægnans decessit, & quod ex ventre secto extractus est masculus, qui post aliquos menses etiam moritur; An Caius ei substitutus ex pupillari substitutione admittatur: & videbatur, quod non, quia institutio & substitutio fuit facta de filio, quem mulier pareret, sed mulier non videtur peperisse. *l. Anniculus*, *l. 1. §. fin. ff. de verb. sign.* tamen ipse eleganter determinat contrarium, allegando Bald. in suo consilio, vt ipse refert: Quia extensio fit etiam ad casum similem, ex præsumpta mente testantis. *vt ibi, in d. l. fin. vt ibi latius per eum.* Refert & sequitur Alex. de Imo. ad fi. & respondet ad d. leg. Anniculus, quia loquitur ibi, quando dispositio erat facta non in fauorem nascituri, sed in fauorem mulieris, &c. Et valde notab. decisio, quę scilicet habet, quod si testator instituit filios suos heredes vniuersales, vxori vero reliquit vsumfructum certi fundi, si vidua remanserit, & vitam vidualem seruauerit, & post mortem reliquit talem fundum Titio: Accedit, quod mulier testatore mortuo non remansit vidua (sicuti hodie paucæ remanent viduæ, nescio quo instinctu, sed conuolant ad secundas nuptias) quod scilicet Titius statim debeat habere illum fundum, nō expectata morte mulieris, & hoc ex coniecturata mente testatoris, quia ideo reliquit fundum Titio post mortem vxoris, quia credebat, quod ipsa maneret in viduitate donec viueret, & ita vsque ad mortem. Et ita decidit Ioa. Andr post Richar. Moli. referens istam quæstionem fuisse disputatam Bononiæ, *in addition. ad Spec. in tit. de secun. nupt. super Rub. per l. Si mulier. ff. ad Trebell. & l. Si mater. Cod. de instit. & substit. Et cum Ioan. Andr. commun. transeunt Doct. vt Bald. in Authen. Quod locum. Cod. Si mulier secun. nups. Paul. de Cast. in l. Si quis hæres ita. ff. de acqui. hæred. & in d. l. Si mater.* Alexan. de Imo. *in l. Gallus. §. Et quod si, in fine 3. colum. vers. Adde quod Ioan. And. cum princ. sequ.* dicens: Quod de illo casu fuerit pridie interrogatus, quod si testator filios hæredes instituerit, & legauerit vxori suæ 1000. quib. frui posset, donec in viduitate, & honestate permanserit, & post mortē eius voluit ista mille dari Titio: Contigit, quod ista mulier transiit ad secunda vota. Et concludit: Quod Titius ea viuente debeat habere 1000. ex pręsumpta mente, & illam decisionem Ioan. Andr. tenet etiam D. Iaf. in d. §. Et quid si tantum. ff. de lib. & posthu. *in 3 col. vers. Ista doctrina Bar. facit, &c. cum concordan. ibi per eum adductis.* Subiungens, quod ista sit vera, & communis opinio, & consulendo, & iudicando tenenda, *vt in d. §. Lucius, & in d. l. Si mater.*

Vltimo fortificatur Responsio ista secunda, quia vbi apparet de voluntate, seu mente testatoris, nō est curandum de verbis. *l. Cum virum. C. de fideicommiss.* l. Si quis filiū. C. de liber. præteri. vel exhæred. vbi text. ponit pulchra verba dicens: Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam tantum valeat, vt melior sensu existat, per quæ verba claret, † quod voluntas testatoris semper sit magis attendenda, quam verba, quia voluntas testatoris censetur regina, & dominatur verbis. *l. In conditionibus primum locum. ff. de cond. & demonstrat. & pulcher text. in cap. Sedulo.* quod allegat glo. in d. l. si quis filium, in verbo, Sensu, vbi dicitur: ita præponendas esse sententias verbis, vt præponitur animus corpori, 38. distinct. *& bonus text. in l. Publius Meuius, in fine, ff. de condic. & demonstra.* Et sic istis est optime & irrefragabiliter Responsio secūda fundata, & tertia Responsio est sine dubio, cum de iure communi, quilibet est moderator & arbiter in re sua propria, *vulga. l. in re mandata, C. mandati.*

THEMA CONSILII LXII.

Quod in successione collateralium vltra fratres, & fratrum filios, ius repręsentationis de iure ciuili non habeat locum, & pluralitas vinculorum non attendatur.

SVMMARIA.

1 *Computatio graduum secundum ius ciuile, in collateralibus quomodo fiat tam in linea æquali, quam inæquali.*

2 *Quod alia fiat computatio secundum ius Canonicum: & quare in computatione graduum inter ius Canonicum & ciuile sit diuersitas.*

3 *Filius duobus casibus tantum subintrat in locum patris sui.*

CONSILIVM LXII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Honesta ac nobilis matrona M. relicta G. E. sine testamento ac vltima voluntate, sicque ab intestato, & sine liberis ex se genitis decessit, ac opulentam hæreditatem, simulque vxores quorundam nobilium ei cognatas, reliquit, videlicet ex vna, vxorem validi M. à V. ex sorore matris defunctæ M. natam, sicque ei in quarto consanguinitatis gradu coniunctam, & altera parte, vxores etiam validorum N. à B. & C. M. defunctæ M. sororis consanguineæ tantum neptes. Nunc quæstio inter prædictas duas partes oritur, quæ defunctæ M. propinquior in gradu sit, ita videlicet, vt hæreditatem eius sibi delatam esse contendere possit. Cui quæstioni hæc breuis responsio iuri & æquitati consona datur; Quod ambæ partes, tam vxor M. à V. quam vxores N. à B. & C. M. defunctæ M. de iure ciuili in quarto gradu (quum hic non tractetur de successione fratris, sororis, & eorum filiis, in quibus casibus pluralitas vinculorum attenditur) coniunctæ fuerint. Ideoque defuncta M. omnia sua bona mobilia & immobilia, quæ tempore mortis habuit, secundum ius ciuile, ad ambas partes æqualiter: cum vxor M. à V. defunctam M. in quarto gradu attingat, similiter & vxores N. à B. & C. M. in quarto gradu ei coniunctæ sint, propter æqualitatem gradus deuoluerit, sicque diuisio eorum in capita fieri debet. Et hoc est sine dubio, si præsens quęstio secundum ius commune diiudicaretur: si vero secundum ius Saxonum determinaretur, tunc vxor M. à V. ad bona relicta admitteretur sola, excluderetque vxores N. à P. & C. M. tanquam ex vno latere tantum defunctæ M. coniunctas. Nam hoc modo pronunciatur à Scab. M. & L. quiue sic duplicitatem vinculorū in omni successione præferunt, Quod hæc Responsio sit vera, & iuri consona, stante scilicet contingentia facti in veritate, breuiter patebit. Et primo claret, quod defuncta M. & vxor M. à V. fuerunt consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, & per consequens in quarto gradu. §. *Sed quidam recte consobrinus. Institu. de gradibus cognatio.* l. Iurisconsultus. §. Quarto gradu. vers. Eodem gradu, vbi dicitur: Eodem gradu sunt & illi, qui vocantur fratres patrueles. Item sorores patrueles, consobrini consobrinæ, &c. ff. de gradibus. per quæ iura patet, quod de iure ciuili gradus in linea transuersali æquali à stipite duplicentur. Ideo † Doctores tradunt 1 talem regulam in eis de iure ciuili; scilicet quoto gradu alter eorum remotus est à communi stipite, toto duplicato distant inter se. Vnde fratres, siue sorores de iure ciuili sunt in secundo gradu, quia à communi stipite sunt in primo gradu, & filii fratrum, vel sororum sunt in quarto gradu, quia ab eorum stipite, scilicet ab auo, siue auia, sunt in secundo, & per consequens inter se distant

stant in quarto gradu. Per quæ constat, quod defuncta M. & vxor valuit à V. tanquam consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, inter se distabunt in quarto gradu. Et alii ponunt ita istam Regulam: Sed est idem collateralium in linea æquali, cuiusmodi sunt fratres & sorores, & eorundem filii, & filiæ, cum omnes distant à communi stipite, vt patet, quoto gradu quis distat à communi stipite; toto gradu duplicato distant inter se, vel sibi attinent. Nam secundum leges, quælibet persona gradum
a facit in collateralibus. † Computatio enim Legistarum ob aliam causam fit, scilicet propter successiones &c. quam computatio Canonistarum, quæ scilicet fit propter matrimonia &c. & in transuersalibus in linea inæquali à communi stipite, traditur alia regula de iure scilicet ciuili, siue secundum ll. videlicet talis, quia quot sunt personæ, tot sunt gradus, stipite dempto, vna scilicet personis communis stipitis, vnde filius, vel filia fratris, vel sororis, est in tertio gradu cum patruo, vel matertera &c. hoc est, cum fratre patris, vel matris sororis &c. *per text. ad literam in l. Consanguinitatis iure, in fin. & Auth. Cessante, in fi. Cod. de legit. hæred.* &c. quia sunt quatuor personæ cum stipite &c. & nepos fratris in quarto gradu, quia sunt quinque personæ, cum stipite eius &c. Licet sit et alia computatio in eis secundum ius Canonicum, vt in c. fi. de consang. & affinit. De qua computatione nihil ad propositum nostrum, cum hic agatur de succedendo. Et sic patet, quod cum T. filia B. fuerit in tertio gradu, cum defuncta M. quia fuerunt quatuor personæ, scilicet communis stipes pater defunctæ M. & B. & filia eius T. quod filiæ T. vxores N. à P. & C. M. neptes ex sorore consanguinea tantum fuerunt ei in quarto gradu coniunctæ, cum fuerunt quinque personæ. Ergo &c. Vt omnia ista patent melius ex arbore consanguinitatis, *vt dicit tex. in §. fin. Instit. de gradib. cognatio. per Regulas Ioan. And. Christo. Por. circa Arborem, & pulchre etiam per Ioan. Fab. Inst. & co. tit. in fin. 1. col. vers. in linea verò transuersali, cum seq. & Philip. Dec. in l. 2. versicul. Circa computatio. Cod. de success. edict.* Ex quibus euidenter sequitur, quod cum vxor N. à V. & vxores B. & M. fuerunt in pari gradu, quarto scilicet, cum defuncta M. quod bona hæreditaria eiusdem fuerint æqualiter ad eos ab intestato delata, & quod ipsi æqualiter de iure ciuili, in capita succedant. Authen. Post fratres, la. 1. & in corpore vnde sumitur. C. de legit. hæred. vbi dicitur: Post fratres fratrumq; filios vocantur, quicunque gradu sunt proximiores, aut pares in gradu pariter admittantur, sublata differentia masculorum, & fœminarum, solaque cognatio in talibus spectatur, fiat autem diuisio in capita, & non in stirpes, per quem tex. apte claret, quod extra casum Authe præcedentis, filii vel filiæ, non repræsentant personam patris, vel matris. Et ideo Cyn. Barto. Saly. Paul. de Cast. in d. Authen. Post fratres, not. concludunt: Quod filius &c. solum in duobus casibus, intret locum patris sui, & ita filia in locum matris. Primus, quando agitur de successione aui, tunc enim nepos ex filio prædefuncto succedit in locum patris sui mortui in successione aui, vt scilicet vna cum patruo admittatur. *§. Cum filius. Instit. de hæred. quæ ab intest. Authen. in successione, & in corpore vnde sumitur Cod. de suis & legit. libe.* Secundus casus, quando agitur de hæreditate patrui tantum, hoc est, fratris patris, &c. Qui est in tertio gradu. *§. Reliquum, in Authen. de hæred. ab intest. colla. 9. Authen. Cessante, inde sumpta. Cod. de legit. hæred.* Hinc Ang. in d. §. Reliquum,
b in 4. nota. inquit: † Quod solum filius obtinet locum patris, quando agitur de successione patrui carnalis, qui sit in tertio gradu, secus si agitur de successione aliorum collateralium, in vlteriori gradu: Tunc enim filius **in locum patris sui, vel filia in locum matris, non surrogatur,** & subiicit illud esse notandum, quia pridie fuit consilium contrariũ, & male, & not. refert etiam & sequitur Philip. Deci. *in d. l. 2. ad fin. 2. colum. cum princip. seq.* & dicit, Quod ista conclusio, quæ scilicet habet, quod filius, siue filia tantum intret in locum patris, vel matris, quando agitur de successione siue hæreditate patrui &c. probetur manifesta ratione, quia secundum iura C. & Instit. filius omnino non intrabit in locum patris in successione transuersalium, §. Si plures, Insti. de leg. agna. succe. Vbi si moritur frater, altero fratre superstite, & superstitibus filiis alterius fratris præmortui, solus frater tanquam proximior admittitur, exclusis filiis alterius fratris. *l. Consanguinitatis iure, ibi, perinde cum fratris tui intestati, &c. cum simil. Cod. de legit. hæred.* Et hoc solum reperitur correctum per nouissima iura Auth. in success. patrui carnalis, *vt est text. in d. §. Reliquum, &c.* Ergo in aliis transuersalibus remanent iura antiqua, & correcta &c. Et pulchre etiam Alexand. de Imol. in Consil. 24. *incip. Videretur prima facie dicendum, in fi. penult. colum. cum princ. vlt.* in 5. volum. vbi formaliter inquit: Quia respondeo, quod præterquam quando nepos quærit patruo succedere, & quando filius fratris quærit patruo succedere, nunquam filius repræsentat locum patris, ad hoc vt excludat alium, qui est & prior in gradu, per d. §. 1. in Auth. de hære. ab intest. cum aliis alleg. ibi per eum, per quæ infert ibi ad casum, de quo ibi quærebatur, dicens: Cum ergo Florius non tractet succedere auo, vel patruo, aut materteræ, aut amitæ, sed tractet succedere Corneliæ sibi consanguineæ, non intret locum patris ad hoc, vt Iordanum sibi priorem in gradu excludat. Nec obstat in præsentiarum pluralitas vinculorũ, prout videbatur, per d. Auth. Quia, illud quod dicitur, vtrum sint ex vtroque parente, an ex altero, tunc non habet locum, nisi quando tractatur de successione fratrum, vel patruorum, vel materterarum; secus si de successione vlteriorum, *vt §. Si vero neque fratres, in Auth. de hæred. ab intest.* ibi enim sola propinquitas inspicitur in gradu, non vincula, quib. iunguntur, & ita per illum tex. in specie decidit Bart. Magister veritatis, *in l. post consanguineos. § Legitimo. ff. de suis & legit. hæred. & probatur per text. in d. Auth. post fratres, la.* 2. & notant Iacob. de Bel. in d. §. Si vero neque fratres, ante fin. ubi quærit, quod si decessit aliquis, superstitibus fratribus patruelibus, vel cõsobrinis, vnius pater erat coniunctus suo patri ex vtroque parente, alteri vero ex vno parente tantum, an simul succedant, an prælationi erit locus. Respondeo, simul succedere debent, & in capita, quia duplex ius consideratur solummodo in fratrib. & filiis fratrum, *vt supra co. §. Si igitur, & §. Si autem defuncto.* Subiungens: Igitur in aliis personis non est considerandum, *vt notatur C. de leg. t. hæred. in Auth. post fratres, in gl. quæ incipit: & filiorum filios. & facit supra proximus §. ver. Si autem, ibi, quando idem. &c.* Idem tenet per d. §. Si vero neque fratres, & per d. Auth. Post fratres fratrũq; filios. Paul. de Castr. in d. Authe. Quod si pluralitas vinculorum, de quo loquitur Auth. Cessante, non attendatur vltra fratres, & filios fratrum, qui in vlterioribus ius non considerat, nisi propinquitatem gradus. Et ista pluralitas non facit quem in propinquiori gradu esse, vt ibi latius per eum. *Alexander de Imol. in addition. ad Bart. in d. § legitimo, cum multis concordant.* Et ita etiam sæpe consului, & est ipsa veritas. Per quæ omnia liquido infertur, quod vxores M. à V. Plat. & M. tanquam pares in gradu defunctæ M. de iure ciuili æqualiter admittũtur in capita ad successionẽ eiusdẽ, cũ pariter fuerunt ei cõiunctę, in quarto scilicet gradu, & est sine omni dubio.

Item

si masculum pariat, & eo in pupillari ætate decedente, substituit Caium: si vero pareret filiam, prouidit ei legitime, &c. Contingit, quod mortuo testatore, vxor prægnans decessit, & quod ex ventre secto extractus est masculus, qui post aliquos menses etiam moritur; An Caius ei substitutus ex pupillari substitutione admittatur: & videbatur, quod non, quia institutio & substitutio fuit facta de filio, quem mulier pareret, sed mulier non videtur peperisse. *l. Anniculus, la 1. §. fin. ff. de verb. sign.* tamen ipse eleganter determinat contrarium, allegando Bald. in suo consilio, vt ipse refert: Quia extensio fit etiam ad casum similem, ex præsumpta mente testantis. *vt ibi, in d. l. fin. vt ibi latius per eum.* Refert & sequitur Alex. de Imo. ad fi. & respondet ad d. leg. Anniculus, quia loquitur ibi, quando dispositio erat facta non in fauorem nascituri, sed in fauorem mulieris, &c. Et valde notab. decisio, quę scilicet habet, quod si testator instituit filios suos heredes vniuersales, vxori vero reliquit vsumfructum certi fundi, si vidua remanserit, & vitam vidualem seruauerit, & post mortem reliquit talem fundum Titio: Accedit, quod mulier testatore mortuo non remansit vidua (sicuti hodie paucæ remanent viduæ, nescio quo instinctu, sed conuolant ad secundas nuptias) quod scilicet Titius statim debeat habere illum fundum, nō expectata morte mulieris, & hoc ex coniectutata mente testatoris, quia ideo reliquit fundum Titio post mortem vxoris, quia credebat, quod ipsa maneret in viduitate donec viueret, & ita vsque ad mortem. Et ita decidit Ioa. Andr post Richar. Moli. referens istam quæstionem fuisse disputatam Bononiæ, *in addition. ad Spec. in tit. de secun. nupt. super Rub. per l. Si mulier. ff. ad Trebell. & l. Si mater. Cod. de instit. & subst. Et cum Ioan. Andr. commun. transeunt Doct. vt Bald. in Authen. Quod locum. Cod. Si mulier secun. nups. Paul. de Cast. in l. Si quis heres ita. ff. de acqui. hered. & in d. l. Si mater.* Alexan. de Imo. *in l. Gallus. §. Et quod si, in fine 3. colum. vers. Adde quod Ioan. And. cum princ. sequ.* dicens: Quod de illo casu fuerit pridie interrogatus, quod si testator filios hæredes instituerit, & legauerit vxori suæ 1000. quib. frui posset, donec in viduitate, & honestate permanserit, & post mortē eius voluit ista mille dari Titio: Contigit, quod ista mulier transiit ad secunda vota. Et concludit: Quod Titius ea viuente debeat habere 1000. ex pręsumpta mente, & illam decisionem Ioan. Andr. tenet etiam D. Ias. in d. §. Et quid si tantum. ff. de lib. & posthu. *in 3 col. vers. Ista doctrina Bar. facit, &c. cum concordan. ibi per eum adducta.* Subiungens, quod ista sit vera, & communis opinio, & consulendo, & iudicando tenenda, *vt in d. §. Lucim, & in d. l. Si mater.*

Vltimo fortificatur Responsio ista secunda, quia vbi apparet de voluntate, seu mente testatoris, nō est curandum de verbis. *l. Cum virum. C. de fideicommiss.* l. Si quis filiū. C. de liber. præteri. vel exhæred. vbi text. ponit pulchra verba dicens: Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam tantum valeat, vt melior sensu existat, per quæ verba claret, † quod voluntas testatoris semper sit magis attendenda, quam verba, quia voluntas testatoris censetur regina, & dominatur verbis. *l. In conditionibus primum locum. ff. de cond. & demonstrat. & pulcher text. in cap. Sedulo.* quod allegat glo. in d. l. si quis filium, in verbo, Sensu, vbi dicitur: ita præponendas esse sententias verbis, vt præponitur animus corpori, 38. distinct. *& bonus text. in l. Publius Meuius, in fine, ff. de condit. & demonstra.* Et sic istis est optime & irrefragabiliter Responsio secūda fundata, & tertia Responsio est sine dubio, cum de iure communi, quilibet est moderator & arbiter in re sua propria, *vulga. l. in re mandata, C. mandati.*

THEMA CONSILII LXII.

Quod in successione collateralium vltra fratres, & fratrum filios, ius repręsentationis de iure ciuili non habeat locum, & pluralitas vinculorum non attendatur.

SVMMARIA.

1 *Computatio graduum secundum ius ciuile, in collateralibus quomodo fiat tam in linea æquali, quam inæquali.*

2 *Quod alia fiat computatio secundum ius Canonicum: & quare in computatione graduum inter ius Canonicum & ciuile sit diuersitas.*

3 *Filius duobus casibus tantum subintrat in locum patris sui.*

CONSILIVM LXII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Honesta ac nobilis matrona M. relicta G. E. sine testamento ac vltima voluntate, sicque ab intestato, & sine liberis ex se genitis decessit, ac opulentam hæreditatem, simulque vxores quorundam nobilium ei cognatas, reliquit, videlicet ex vna, vxorem validi M. à V. ex sorore matris defunctæ M. natam, sicque ei in quarto consanguinitatis gradu coniunctam, & altera parte, vxores etiam validorum N. à B. & C. M. defunctæ M. sororis consanguineæ tantum nepres. Nunc quæstio inter prædictas duas partes oritur, quæ defunctæ M. propinquior in gradu sit, ita videlicet, vt hæreditatem eius sibi delatam esse contendere possit. Cui quæstioni hæc breuis responsio iuri & æquitati consona datur; Quod ambæ partes, tam vxor M. à V. quam vxores N. à B. & C. M. defunctæ M. de iure ciuili in quarto gradu (quum hic non tractetur de successione fratris, sororis, & eorum filiis, in quibus casibus pluralitas vinculorum attenditur) coniunctæ fuerint. Ideoque defuncta M. omnia sua bona mobilia & immobilia, quæ tempore mortis habuit, secundum ius ciuile, ad ambas partes æqualiter: cum vxor M. à V. defunctam M. in quarto gradu attingat, similiter & vxores N. à B. & C. M. in quarto gradu ei coniunctæ sint, propter æqualitatem gradus deuoluerit, sicque diuisio eorum in capita fieri debet. Et hoc est sine dubio, si præsens quęstio secundum ius commune diiudicaretur: si vero secundum ius Saxonum determinaretur, tunc vxor M. à V. ad bona relicta admitteretur sola, excluderetque vxores N. à P. & C. M. tanquam ex vno latere tantum defunctæ M. coniunctas. Nam hoc modo pronunciatur à Scab. M. & L. qui ne sie duplicitatem vinculorū in omni successione præferunt. Quod hæc Responsio sit vera, & iuri consona, stante scilicet contingentia facti in veritate, breuiter patebit. Et primo claret, quod defuncta M. & vxor M. à V. fuerunt consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, & per consequens in quarto gradu. §. *Sed quidam recte consobrinos. Institu. de gradibus cognatio.* l. Iurisconsultus. §. Quarto gradu. vers. Eodem gradu, vbi dicitur: Eodem gradu sunt & illi, qui vocantur fratres patrueles. Item sorores patrueles, consobrini consobrinæ, &c. ff. de gradibus. per quæ iura patet, quod de iure ciuili gradus in linea transuersali æquali à stipite duplicentur. Ideo † Doctores tradunt 1
talem regulam in eis de iure ciuili, scilicet quoto gradu alter eorum remotus est à communi stipite, toto duplicato distant inter se. Vnde fratres, siue sorores de iure ciuili sunt in secundo gradu, quia à communi stipite sunt in primo gradu, & filii fratrum, vel sororum sunt in quarto gradu, quia ab eorum stipite, scilicet ab auo, siue auia, sunt in secundo, & per consequens inter se distant

stant in quarto gradu. Per quæ constat, quod defuncta M. & vxor valtdi à V. tanquam consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, inter se distabunt in quarto gradu. Et alii ponunt ita istam Regulam: Sed est idem collateralium in linea æquali, cuiusmodi sunt fratres & sorores, & eorundem filii, & filiæ, cum omnes distant à communi stipite, vt patet, quoto gradu quis distat à communi stipite, toto gradu duplicato distant inter se, vel sibi attinent. Nam secundum leges, quælibet persona gradum facit in collateralibus. † Computatio enim Legistarum ob aliam causam fit, scilicet propter successiones &c. quam computatio Canonistarum, quæ scilicet fit propter matrimonia &c. & in transuersalibus in linea inæquali à communi stipite, traditur alia regula de iure scilicet ciuili, siue secundum ll. videlicet talis, quia quot sunt personæ, tot sunt gradus, stipite dempto, vna scilicet personis communis stipitis, vnde filius, vel filia fratris, vel sororis, est in tertio gradu cum patruo, vel matertera &c. hoc est, cum fratre patris, vel matris sororis &c. *per text. ad literam in l. Consanguinitatis iure, in fin. & Auth. Cessante, in fi. Cod. de legit. hæred.* &c. quia sunt quatuor personæ cum stipite &c. & nepos fratris in quarto gradu, quia sunt quinque personæ, cum stipite eius &c. Licet sit ér alia computatio in eis secundum ius Canonicum, vt in c. fi. de consang. & affinit. De qua computatione nihil ad propositum nostrum, cum hic agatur de succedendo. Et sic patet, quod cum T. filia B. fuerit in tertio gradu, cum defuncta M. quia fuerunt quatuor personæ, scilicet communis stipes pater defunctæ M. & B. & filia eius T. quod filiæ T. vxores N. à P. & C. M. neptes ex sorore consanguinea tantum fuerunt ei in quarto gradu coniunctæ, cum fuerunt quinque personæ. Ergo &c. Vt omnia ista parent melius ex arbore consanguinitatis, *vt ducit text. in §. fin. Inst. de gradib. cognatio. per Regulas Ioan. And. Christo. Por. circa Arborem, & pulchre etiam per Ioan. Fab. Inst. & eo. tit. in fin. 1. col. vers. in linea verò transuersa'i, cum seq. & Philip. Dec. in l. 2. versicul. Circa computatio. Cod. de success. edict.* Ex quibus euidenter sequitur, quod cum vxor N. à V. & vxores B. & M. fuerunt in pari gradu, quarto scilicet, cum defuncta M. quod bona hæreditaria eiusdem fuerint æqualiter ad eos ab intestato delata, & quod ipsi æqualiter de iure ciuili, in capita succedant. Authen. Post fratres, la 1. & in corpore vnde sumitur. C. de legit. hæred. vbi dicitur: Post fratres fratrumq; filios vocantur, quicunque gradu sunt proximiores, aut pares in gradu pariter admittantur, sublata differentia masculorum, & fœminarum, solaque cognatio in talibus spectatur, fiat autem diuisio in capita, & non in stirpes, per quem tex. apte claret, quod extra casum Authe. præcedentis, filii vel filiæ, non repræsentant personam patris, vel matris. Et ideo Cyn. Barto. Saly. Paul. c. Cast. in d. Authen. Post fratres, not. concludunt: Quod filius &c. solum in duobus casibus, intret locum patris sui, & ita filia in locum matris. Primus, quando agitur de successione aui, tunc enim nepos ex filio prædefuncto succedit in locum patris sui mortui in successione aui, vt scilicet vna cum patruo admittatur. *§. Cum filius. Instit. de hæred. quæ ab intest. Authen. in successione, & in corpore vnde sumitur Cod. de suis & legit. libe.* Secundus casus, quando agitur de hæreditate patrui tantum, hoc est, fratris patris, &c. Qui est in tertio gradu. *§. Reliquum, in Authen. de hæred. ab intest. colla. 9. Authen. Cessante, inde sumpta. Cod. de legit. hæred.* Hinc Ang. in d. §. Reliquum, in 4. nota. inquit: † Quod solum filius obtinet locum patris, quando agitur de successione patrui carnalis, qui sit in tertio gradu, secus si agitur de successione aliorum collateralium, in vlteriori gradu: Tunc enim filius in locum patris sui, vel filia in locum matris, non surrogatur, & subiicit illud esse notandum, quia pridie fuit consultum contrariũ, & male, & not. refert etiam & sequitur Philip. Deci. *in d. l. 2. ad fin. 2. colum cum princip. seq.* & dicit, Quod ista conclusio, quæ scilicet h. bet, quod filius, siue filia tantum intret in locum patris, vel matris, quando agitur de successione siue hæreditate patrui &c. probetur manifesta ratione, quia secundum iura C. & Instit. filius omnino non intrabit in locum patris in successione transuersalium, §. Si plures, Insti. de leg. agna. succe. Vbi si moritur frater, altero fratre superstite, & superstitibus filiis alterius fratris præmortui, solus frater tanquam proximior admittitur, exclusis filiis alterius fratris. *l. Consanguinitatis iure, ibi, perinde cum fratris sui intestati, &c. cum simil. Cod. de legit. hæred.* Et hoc solum reperitur correctum per nouissima iura Auth. in successi. patrui carnalis, *vt est text. in d. §. Reliquum, &c.* Ergo in aliis transuersalibus remanent iura antiqua, & correcta &c. Et pulchre etiam Alexand. de Imol. in Consil. 44. *incip. Videretur prima facie dicendum, in fi. penult. colum. cum princ. vlt.* in 5. volum. vbi formaliter inquit: Quia respondeo, quod præterquam quando nepos quærit patruo succedere, & quando nepos fratris quærit patruo succedere, nunquam filius repræsentat locum patris, ad hoc vt excludat alium, qui est & prior in gradu, per d. §. 1. in Auth. de hære. ab intest. cum aliis alleg. ibi per eum, per quæ infert ibi ad casum, de quo ibi quærebatur, dicens: Cum ergo Florius non tractet succedere auo, vel patruo, aut materteræ, aut amitæ, sed tractet succedere Corneliæ sibi consanguineæ, non intret locum patris ad hoc, vt Iordanum sibi priorem in gradu excludat. Nec obstat in præsentiarum pluralitas vinculorũ, prout videbatur, per d. Auth. Quia illud quod dicitur, vtrum sint ex vtroque parente, an ex altero, tunc non habet locum, nisi quando tractatur de successione fratrum, vel patruorum, vel materterarum, secus si de successione vlteriorum, *vt §. Si verò neque fratres, in Auth. de hæred. ab intest.* ibi enim sola propinquitas inspicitur in gradu, non vincula, quib. iunguntur, & ita per illum tex. in specie decidit Bart. Magister veritatis, *in l. post consanguineos. § Legitimo. ff. de suis & legit. hæred. & probatur per text. in d. Auth post fratres, la 2.* & notant Iacob. de Bel. in d. §. Si verò neque fratres, ante fin. rei quærit, quod si decessit aliquis, superstitibus fratribus patruelibus, vel cõsobrinis, vni pater erat coniunctus suo patri ex vtroque parente, alteri verò ex vno parente tantum, an simul succedant, an prælationi erit locus. Respondeo, simul succedere debent, & in capita, quia duplex ius consideratur solummodo in fratrib. & filiis fratrum, *vt supra eo. §. Si igitur, & §. Si autem defuncto.* Subiungens: Igitur in aliis personis non est considerandum, *vt notatur C. de legit. hæred. in Auth. post fratres, in gl. quæ incipit: & filiorum filios. & facit supra proximus §. ver. Si autem, ibi, quando idem, &c.* Idem tenet per d. §. Si verò neque fratres, & per d. Auth. Post fratres fratrũq; filios. Paul. de Castr. in d. Authe. Quod si pluralitas vinculorum, de quo loquitur Auth. Cessante, non attendatur vltra fratres, & filios fratrum, qui in vlterioribus ius non considerat, nisi propinquitatem gradus. Et ista pluralitas non facit quem in propinquiori gradu esse, vt ibi latius per eum. *Alexander de Imol. in additio. ad Bart. in d. § legitima, cum multis concordant.* Et ita etiam sæpe consului. & est ipsa veritas. Per quæ omnia liquido infertur, quod vxores M. à V. Plat. & M. tanquam pares in gradu defunctæ M. de iure ciuili æqualiter admittũtur in capita ad successionẽ eiusdẽ, cũ pariter fuerunt ei cõiunctæ, in quarto scilicet gradu, & est sine omni dubio.

Item

& ita contra communem vtilitatem, ista conuentio debet rescindi, dummodo tamen faciant cudi monetam iustam & legitimam, prout de iure codi debet, scilicet secundum formam à iure præscriptam, supra relatam. *Et pulcher tex. in c. Scias. ibi. Nam plurimorum vtilitas 7. quæst. 1. & c. Bene, la . & ibi pulchra gloss. in verbo. Ob communem, de postulatio. prælato.* & notab. text. in l. Vnica. pen. §. vbi dicitur:
9 Sed † quod communiter omnibus prodest, hoc rei priuatæ nostræ vtilitati præferendum esse censemus, nostrũ esse proprium subiectorum commodum imperialiter existimantes. C. de cadu. tollend. & dicit Bart. ibi. nota vltimo, quod quæ præsunt omnibus, debent præferri vtilitatibus priuatorum, *& bonus text. in cap. In nostra. de iureiurando, & pulchre Bart. & Legist. in l. 1. per tura ibi per eos adducta. ff. Solut. matrim.* Et in proposito nostro optime alludit notabilis decisio Card. Flor. in Consi. 86. *incipien. Dominus Nicolaus Marchio, ibi principaliter, per text. in d. cap. In nostra. Consuluit in fortissimis terminis*, videlicet, quod vniuersitas potest venire contra proprium contractum, cum subdito celebratum, & reuocare statutum factum super illo contractu, quando scilicet facit ex causa pacis, vel aliqua causa publica. Quam decisionem refert & seq D. Ias. in l. Barbarius, *in 7. colum. vers. duodecimo facit.* ff. de offi præto. & allegat pro ista decisione meliorem text. vbi hoc optime probatur, scilicet, d. l. Quod semel. Subiungens. Et secundum hoc debet imitari decisio Bart. in plerisque locis, dum tenuit, quando statutum principis vel populi transiuit in contractum, vel quasi, puta quia factum sit statutum, quod quicunque venerit ad habitandum in tali loco, sit exemptus perpetuo, postquam aliqui venerint ad habitandum, possit reuocari. *Ita tenet Bal. in d. l. Quod semel, & plenius in l. omnes populi, in 4. qu. princ. & de iust. & iur. cum mul. concor* quia debet intelligi, nisi ex causa publica, vt ex prædictis patet &c. Et confirmantur ista per text. in l. fi. §. Titius, alias fin. per quem tex. notat ibi Bart. & Bal. quod propter vtilitatem publicam possit Officialis accipere res personarum priuatarum. ff. de pign. act. *Et quod pulchre notat idem Bald. in l. Nullam, in prin. C. de Epi. & Cle.* Et sic patet, quod etiam propter publicam vtilitatem minui à principe permissum sit, quod alias sibi non competit de iure, & fortificantur prædicta etiã per hoc, quod notabiliter vult Bal. in d. l. Clari, vbi decidit: Quod licet statuentes, qui iurarunt statuta condita non mutare, ea mutare possint, pro tanto, quod statutum in contrarium conditum non valeat, quod tamen possint mutare, non obstante iuramento: si iusta causa superuenerit. Cum semper in iuramento videatur inesse clausula, rebus sic se habentib. *Arg. eorum quæ notantur in l. Quod seruus. ff. de condi. ob causam* Subiungens etiamsi verba statuti dicerent, quod statutum sit præcisum, quod idem est dicere, quod immobile. Nam quæ de nouo emergunt, nouo auxilio indigent, *vt in l. 1. in pr. uc. ff. de vent. insp. & ff. de u. terr. alio. l. de atate. §. ex causa*, & accedit etiam bonus tex. & quod ibi notant Canoni. in c. Suggestum, vbi dicitur, quod etiam priuilegium impetratum à principe ex post facto, incipiat esse nociuũ, vel inferre aliis magnum damnum, debeat reuocari, de deci. *& bene facit lex, Quotiens. Cod. de preci. Imp. offerendis* Ex quibus iam liquidissime infertur, & concluditur, quod si Principes essent, & fuissent obstricti ad faciendum cudi communem, & simultaneam monetam, & quod à principio constituissent eam cudi in tanto valore, & tamen postea cœperit esse nociuum communi vtilitati, ita quod subditi cõmuniter ex tali moneta magnum sentirent damnum, ex causis expressis in charta mihi oblata, & huic damno prouideri posset, si moneta cudaretur in minori valore, iuxta tamen formã à iure præscriptam, quod Illustrissimi Principes N. possint propria authoritate, si Dux N. non vellet cum eis consentire, de sæpe nominatis massis argenteis, propter scilicet communem vtilitatem facere cudi talem monetam minoris valoris, secundum tamen formam iuris supra præscriptam, potissimum cum ex ista percussione nedum subditi, sed etiam Principes ipsi cõmodum sentirent. Ex quo infertur, quod stante isto pro certo, quod expediat cõmuni vtilitati, illa mutatio monetæ minutæ: quod Consiliarii Ducis N. consulentes suæ Cels. contrarium, propter suas & priuatas vtilitates, præferentes eas communi vtilitati, & Principes subditorum, non sint vocandi Consiliarij, sed deceptatores, prout tex. in d. c. Quanto. vocat Consiliarios principis deceptores, qui se. dominis non consulunt id, quod est bonum, & licitum. Et † Imperator in §. Festinabis, in Auth. de mand. 1
prin. col. 3. describit, quales debeant esse Consiliarii principum, & dominorum, inquiens. Festinabis etiam Consiliarium, vsque ad ver. Talem vero. Nec principibus N. obstare posset, quod communiter concludunt dd. in d. c. Quanto, quod scilicet principes & domini, habẽtes potestates, siue ius cudendi monetam, nõ possunt eam minuere sine consensu populi, sed cum eius cõsensu sic, &c. Nam dd. loquuntur in illis terminis, quando nolunt minuere monetam, quam debeant cudere secundum formam à lege præscriptam, & non in diminuendo recedere à forma à l. præscripta non autem in istis; quando volunt facere cudi monetam conformem massæ, vt supra deductum est. Ergo &c.

THEMA CONSILII LXI.

Quod valeat testamentum cõditum secundum consuetudinem loci, coram duobus testibus. Et quod in testamentis præsumpta mens testatorum magis sit attendenda, quam verborum dispositio.

SVMMARIA.

1 *Valet consuetudo, quod liceat testari coram duobus testibus.*

2 *Casus omissus habetur in testamento pro omisso, & remanet in dispositione iuris communis.*

3 *Dispositio testatoris extenditur ad casum, de quo verisimiliter dispositurus fuerat, si de eo cogitasset.*

4 *Voluntas, & mens testatoris magis attendi debet, quam verba.*

CONSILIVM LXI.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter Implorato. In præsenti consultatione, de duobus quæritur. Primo, vtrum testamentum B. secundum consuetudinem ciuitatis B. factum coram duobus testibus, valeat. Et respondetur, quod sic. Secundo vtrum legatum domus factum filiis fratris, sub conditione, si contingeret filiam testatoris mori sine hærede masculo, debeatur filiis fratrum, in casu quo filia testatoris decessit relicto post se filio, qui tamen etiam ante testatorem decesserit. Et respondetur, quod sic. Et prædictæ Responsiones ex sequentibus confirmantur.

Prima Responsio patet, cum communis, & vera opinio dd. sit, † quod statutum, vel consuetudo detrahens 1
solennitatibus iuris communis ad testamentum, siue aliam vltimam voluntatem requisitis, & ita etiam disponens, quod quis possit testari etiam coram duobus testibus, valeat & teneat, *vt notant Cyn. Bart. Bald. Sal. Fulg. & D. Ias. in l. 1. C. de sum. trin. & fide catho. Bald. & Salic. in l. Si non speciali, & in l. 2. Cod. de testa. Ange. & Paul. de Cast. in l. 3. ff. de testa.*

per tura

per iura & rationes, de quibus per dd. in præallegatis locis: & cum hoc certum sit, videlicet, quod sit ciuis Brunſ. testamentum, vel alia vltima voluntas, ſecundum conſuetudinem vrbis Brunſ. ſequitur, quod tale teſtamentum valeat & teneat, ſecundum prædictam communem opinionem, à qua conſulendo & iudicando non eſt recedendum, *per vulgaria.* Sed pro maiori euidentia, & veritate ſecundæ Reſponſionis principalis, oppono fortiter contra eam: videtur enim, quod nullo modo poſſit procedere, quia præfatus teſtator in illum caſum tantum legauit domum filijs fratris ſui, ſi ſcilicet contingeret filiam ſuam mori ſine hærede maſculo ex corpore: ſed quia ipſa non deceſſit ſine hærede maſculo ex corpore, cũ reliquerit filium

2 &c. Et per conſequens † iſte caſus tanquam omiſſus remanet in diſpoſitione iuris communis, virtute vulgatæ Regulæ, quæ habet, quod caſus omiſſus à teſtatore, habeatur pro omiſſo, & relinquit diſpoſitioni iuris communis, l. Commodiſſime, vbi ſi teſtatur inſtituerit poſthumum in vnum caſum, ſi ſcilicet viuo eo naſcatur, non intelligitur in alium caſum, ſc. ſi eo mortuo naſcatur, inſtitutus, ſicut nec è contra. ff. de lib. & poſth. *& dicit Bald. in Conſ. 167. incip. Quidam Franciſcus carens filiis maſculis, donauit &c. in 2. volum. verſ. Quandoq; de poſth. in fin. verſ. Quod in vno caſu omiſſo præſumatur tacita voluntas, per tex. in l. Miles Codicill. §. veteranus. ff. de teſt. mil,* ſicut alias caſus omiſſus habetur pro omiſſo, & remanet in diſpoſitione iuris communis. *l. Si extraneus. ff. de condi. ob cauſam. l. ſi cum dotem, in prin. ff. Sol. matr. c. ſuſceptum, de reſcriptis, in 6.*

Per quæ iura claret, quòd qui prouidet in vnũ caſum, nõ cenſeatur prouidere in alio caſu. Hinc Bald. dicit in l. 2. cum proponebatur in prima oppoſitione, quod omiſſum à teſtatore in ſcriptura, & probatione verborum diſpoſitiua, habetur pro omiſſo. ff. de leg. 2. Sed iſte caſus hic omnino fuit omiſſus, ergo videtur, quod ſit habendus pro omiſſo. Specialis enim prouiſio ſic arctatur ad caſum expreſſum, quod non pertinet ad alium. *d. l. Commodiſſime, quam ibi ita ſumit Bal.* per quæ videtur ita concludendum, quod ille caſus remaneat in diſpoſitione iuris communis, & per conſequens mortua vxore B. S. domus eius pertinet ad filias filiæ ſuæ, der Bat / cum defecerit conditio, ſub qua præfata domus filijs fratris ſui fuerit relicta.

Sed tamen prædictis, & quibuſcunque alijs non obſtantibus, deciſio vel Reſponſio ſecundo data, in præſentiarum remanet vera, & non adducendo remota, veritas eius probatur per tex. ad literam, in l. fin. ſecundum communem intellectum. C. de poſth. hæred. inſt. Nam eſt ibi caſus ſecundum gl. mag. in 1. ſolutione, *quem tenet ibi Bar. Bald. Saly. Ang. & Alex. de Imo. Bart. Bald. & Alex. in d. l. Commodiſſime, Bald. in d. l. Si cum dotem, in princ.* Quod ſi teſtator in teſtamento ſuo inſtituat poſthumos hoc modo dicẽdo: Si filius vel filia intra decem menſium ſpacium editi fuerint, hæredes ſunto. Vel ita dixit: Filius vel filia, qui intra 10. menſes proximos naſcentur, hæredes ſunto. Et teſtatori naſcitur filius vel filia, ipſo adhuc viuo, intra tamen 10. menſes à morte teſtatoris annumerandos, quod tamen eius voluntas manet immutilata, & tamen ibi ſolum fuit facta prouiſio, & ita inſtitutio poſthumi in vnũ caſum, ſcilicet poſt mortem præteritum, teſtatoris, intra 10. menſium ſpacium naſcituri, & tamen extenditur ad alium caſum, quia ibi ſecundum communem & verum intellectum teſtator in infirmitate conſtitutus, non cogitauit de illo caſu, ſed quia eſt omnino veriſimile, quod etiam ſi de illo caſu, ſcilicet ſi contingeret filium, vel filiam viuo ſe, tamen infra 10. menſes, &c. naſci, quod idem diſpoſuiſſet de ea: & iſte intellectus ſecundum omnes dd. eſt verus. Ad idem alludit opt. text. qui ſecundum Bald. non eſt alibi, in l. Titius. §. Lucius, vbi Lucius Titi. inſtituit in teſtamento ſuo, id quod neptis ſui agẽs in vtero habebat, hæredem ex parte, & partus erat natus hora 6. de mane, eo ſcilicet die, quo teſtamentum condebatur, & ſic non erat in vtero amplius, † & tamen inſtitutio extenditur etiam ad illum caſum, nõ expreſſum: 5
quia ſi teſtator cogitaſſet etiam de iſto caſu, idem prouidiſſet de eo. ff. de lib. & poſthu. per quem tex. Bart. & Legiſtæ tradunt Regulam, ibi; Quod ſcilicet prouiſio teſtatoris facta in vnum caſum, porrigitur ad alium, in quo teſtator idem veriſimiliter prouidiſſet, ſi de eo cogitaſſet, aut interrogatus fuiſſet, *& patet per d. l. fin.* Bene etiam facit text. in l. Cum res, in 1. Reſpon. vbi pariſicat tex. id, quod teſtator expreſſe voluit, & id, quod veriſimile eſt eum voluiſſe, dum inquit: Nam ſi alibi voluit, ibi præſtanda eſt, vbi teſtator voluit, vel vbi veriſimile eſt eum voluiſſe, &c. ff. de legat. 1. Per quæ iam patet, in præſentiarum non obſtare tex. in d. l. Commodiſſime, &c. quia Regula tradita in d. l. Commodiſſime, cum ſimilibus, ſupra allega. quæ ſcilicet habet, quod omiſſus à teſtatore, habeatur pro omiſſo: vel quod diſpoſitio facta in vnum caſum, non porrigetur ad alium, limitetur per d. iura. Niſi ex præſumpta, & ſimili, ſiue coniecturata voluntate ſiue mente teſtatoris ſiue diſponentis, aliud inducatur. Accedit text. in l. Iam hoc iure, in princ. ff. de vulg. & pupilla. ſubſti. vbi teſtator ſubſtituens vulgariter ex præſumpta eius voluntate, intelligitur etiam ſubſtituere pupillariter, & econtra & eſt Regu. gloſſ. communiter approbata in l. tale pactum. §. fin. in verb. in gloſſ. in fin. ibi, dum inquit: Et nota id eſſe de iure ſeruandum, licet non ſit ſtatutum, quod veriſimile eſt ſtatutum fuiſſe, ſi hoc quæſitum fuiſſet, &c. ff de pactis, quæ gloſſ. quotidie ad hoc allegatur, quod nedum in ll. & ſtatutis, ſed etiam in reſcriptis, conuentionibus, & in omni diſpoſitione illud habeatur pro diſpoſito, quod veriſimiliter fuiſſet diſpoſitum, vel ſtatutum, ſi diſponens de hoc fuiſſet interrogatus, *& bene facit text. in l. Barbarius. in verſ. Sed ſi fuiſſet. ff. de officio prætoris*, & confirmatur noſtra deciſio, quod per ea quæ notabili. determinat Petrus de Anchor. in Conſil. 219 *incip. Mirum prima facie poteſt videri, &c.* Quod ſi teſtator infirmus languens corpore, & diues, habẽs filios ex vxore, nupſerit vni puellæ de nobili genere, pauperi tamen, quia alias non nupſiſſet ſeni languido, & habenti filios ex vxore præmortua, propter renumerationem quandam in teſta. legauit huic vxori ſuæ iuueni, & nobili 300. flor. ſi (ecce ſub conditione etiam) nuberet per totum menſem Ianuarij tunc ſequentem: & tamen ipſa non nupſit infra dictum tempus, quia teſtator in tantum vixit, quod infra tale tempus à teſtatore præfixum, non poterat nubere, quod tamen nihilominus ei debeatur illud legatum: & probat illam pulchram deciſionem pulchris rationibus, præſuppoſito ſcilicet, quod teſtator fuit motus ex cauſa rationabili in adiicienda tali conditione, &c. & inter alias hanc rationem aſſignat, inquiens: Item quis dubitat, quod ſi teſtatur fuiſſet interrogatus in caſu quo non decederet infra menſem Ianuarij futurum, ſed poſtea ea tunc nubente, vis etiam habere legatum, & credendum, & veriſimile eſt, quod reſpondiſſet, Volo, quia ita ſubeſt cauſa, & ratio mouens eum ad legandum poſt menſem Ianuarij, ſicut ante, *& allegat ad hoc gloſſ. in d. l. Tale pactum, in §. fine.*

Quæ deciſio optime facit, vt apparet, ad præſentẽ caſum, vt ſupra in vulgari ſufficienter adductũ eſt, quare hic nõ repetitur, ſed ibi adducta probantur eſſe iuris. Et bene facit determinatio Salyc. in d. l. fin. ad quæſt. ibi per eum motam, vbi quærit: Si teſtator inſtituit ventrẽ vxoris ſuæ, ſi maſcu-

si masculum pariat, & eo in pupillari ætate decedente, substituit Caium: si vero pareret filiam, prouidit ei legitime, &c. Contingit, quod mortuo testatore, vxor prægnans decessit, & quod ex ventre secto extractus est masculus, qui post aliquos menses etiam moritur; An Caius ei substitutus ex pupillari substitutione admittatur: & videbatur, quod non, quia institutio & substitutio fuit facta de filio, quem mulier pareret, sed mulier non videtur peperisse. *l. Anniculus, la 1. §. fin. ff. de verb. sign.* tamen ipse eleganter determinat contrarium, allegando Bald. in suo consilio, vt ipse refert: Quia extensio fit etiam ad casum similem, ex præsumpta mente testantis. *vt ibi, in d. l. fin. vt ibi latius per eum.* Refert & sequitur Alex. de Imo. ad fi. & respondet ad d. leg. Anniculus, quia loquitur ibi, quando dispositio erat facta non in fauorem nascituri, sed in fauorem mulieris, &c. Et valde notab. decisio, quę scilicet habet, quod si testator instituit filios suos heredes vniuersales, vxori vero reliquit vsumfructum certi fundi, si vidua remanserit, & vitam vidualem seruauerit, & post mortem reliquit talem fundum Titio: Accedit, quod mulier testatore mortuo non remansit vidua (sicuti hodie paucæ remanent viduæ, nescio quo instinctu, sed conuolant ad secundas nuptias) quod scilicet Titius statim debeat habere illum fundum, nō expectata morte mulieris, & hoc ex coniecturata mente testatoris, quia ideo reliquit fundum Titio post mortem vxoris, quia credebat, quod ipsa maneret in viduitate donec viueret, & ita vsque ad mortem. Et ita decidit Ioa. Andr post Richar. Moli. referens istam quæstionem fuisse disputatam Bononiæ, *in addition. ad Spec. in tit. de secun. nupt. super Rub. per l. Si mulier. ff. ad Trebell. & l. Si mater. Cod. de instit. & substit. Et cum Ioan. Andr. commun. transeunt Doct. vt Bald. in Authen. Quod locum. Cod. Si mulier secun. nups. Paul. de Cast. in l. Si quis heres ita. ff. de acqui. hered. & in d. l. Si mater.* Alexan. de Imo. *in l. Gallus. §. Et quod si, in fine 3. column. vers. Adde quod Ioan. And. cum princ. sequ.* dicens: Quod de illo casu fuerit pridie interrogatus, quod si testator filios hæredes instituerit, & legauerit vxori suæ 1000. quib. frui posset, donec in viduitate, & honestate permanserit, & post mortē eius voluit ista mille dari Titio: Contigit, quod ista mulier transiit ad secunda vota. Et concludit: Quod Titius ea viuente debeat habere 1000. ex pręsumpta mente, & illam decisionem Ioan. Andr. tenet etiam D. Ias. in d. §. Et quid si tantum. ff. de lib. & posthu. *in 3 col. vers. Ista doctrina Bar. facit, &c. cum concordan. ibi per eum adductis.* Subiungens, quod ista sit vera, & communis opinio, & consulendo, & iudicando tenenda, *vt in d. §. Lucius, & in d. l. Si mater.*

Vltimo fortificatur Responsio ista secunda, quia vbi apparet de voluntate, seu mente testatoris, nō est curandum de verbis. *l. Cum virum. C. de fideicommiss.* l. Si quis filiū. C. de liber. præteri. vel exhæred. vbi text. ponit pulchra verba dicens: Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nunquam tantum valeat, vt melior sensu existat, per quæ verba claret, † quod voluntas testatoris semper sit magis attendenda, quam verba, quia voluntas testatoris censatur regina, & dominatur verbis. *l. In conditionibus primum locum. ff. de cond. & demonstrat. & pulcher text. in cap. Sedulo.* quod allegat glo. in d. l. si quis filium, in verbo, Sensu, vbi dicitur: ita præponendas esse sententias verbis, vt præponitur animus corpori, 38. distinct. *& bonus text. in l. Publius Meuius, in fine, ff. de condic. & demonstra.* Et sic istis est optime & irrefragabiliter Responsio secūda fundata, & tertia Responsio est sine dubio, cum de iure communi, quilibet est moderator & arbiter in re sua propria, *vulga. l. in re mandata, C. mandati.*

THEMA CONSILII LXII.

Quod in successione collateralium vltra fratres, & fratrum filios, ius repręsentationis de iure ciuili non habeat locum, & pluralitas vinculorum non attendatur.

SVMMARIA.

1 *Computatio graduum secundum ius ciuile, in collateralibus quomodo fiat tam in linea æquali, quam inæquali.*

2 *Quod alia fiat computatio secundum ius Canonicum: & quare in computatione graduum inter ius Canonicum & ciuile sit diuersitas.*

3 *Filius duobus casibus tantum subintrat in locum patris sui.*

CONSILIVM LXII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Honesta ac nobilis matrona M. relicta G. E. sine testamento ac vltima voluntate, sicque ab intestato, & sine liberis ex se genitis decessit, ac opulentam hæreditatem, simulque vxores quorundam nobilium ei cognatas, reliquit, videlicet ex vna, vxorem validi M. à V. ex sorore matris defunctæ M. natam, sicque ei in quarto consanguinitatis gradu coniunctam, & altera parte, vxores etiam validorum N. à B. & C. M. defunctæ M. sororis consanguineæ tantum neptes. Nunc quæstio inter prædictas duas partes oritur, quæ defunctæ M. propinquior in gradu sit, ita videlicet, vt hæreditatem eius sibi delatam esse contendere possit. Cui quæstioni hæc breuis responsio iuri & æquitati consona datur; Quod ambæ partes, tam vxor M. à V. quam vxores N. à B. & C. M. defunctæ M. de iure ciuili in quarto gradu (quum hic non tractetur de successione fratris, sororis, & eorum filiis, in quibus casibus pluralitas vinculorum attenditur) coniunctæ fuerint. Ideoque defuncta M. omnia sua bona mobilia & immobilia, quæ tempore mortis habuit, secundum ius ciuile, ad ambas partes æqualiter: cum vxor M. à V. defunctam M. in quarto gradu attingat, similiter & vxores N. à B. & C. M. in quarto gradu ei coniunctæ sint, propter æqualitatem gradus deuoluerit, sicque diuisio eorum in capita fieri debet. Et hoc est sine dubio, si præsens quęstio secundum ius commune diiudicaretur: si vero secundum ius Saxonum determinaretur, tunc vxor M. à V. ad bona relicta admitteretur sola, excluderetque vxores N. à P. & C. M. tanquam ex vno latere tantum defunctæ M. coniunctas. Nam hoc modo pronunciatur à Scab. M. & L. qui iure sic duplicitatem vinculorū in omni successione præferunt, Quod hæc Responsio sit vera, & iuri consona, stante scilicet contingentia facti in veritate, breuiter patebit. Et primo claret, quod defuncta M. & vxor M. à V. fuerunt consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, & per consequens in quarto gradu. §. *Sed quidam recte consobrinus. Institu. de gradibus cognatio.* l. Iurisconsultus. §. Quarto gradu. vers. Eodem gradu, vbi dicitur: Eodem gradu sunt & illi, qui vocantur fratres patrueles. Item sorores patrueles, consobrini consobrinæ, &c. ff. de gradibus. per quæ iura patet, quod de iure ciuili gradus in linea transuersali æquali à stipite dupliceutur. Ideo † Doctores tradunt 1 talem regulam in eis de iure ciuili, scilicet quoto gradu alter eorum remotus est à communi stipite, toto duplicato distant inter se. Vnde fratres, siue sorores de iure ciuili sunt in secundo gradu, quia à communi stipite sunt in primo gradu, & filii fratrum, vel sororum sunt in quarto gradu, quia ab eorum stipite, scilicet ab auo. siue auia, sunt in secundo, & per consequens inter se distant

stant in quarto gradu. Per quæ constat, quod defuncta M. & vxor validi à V. tanquam consobrinæ, id est, filiæ duarum sororum, inter se distabunt in quarto gradu. Et alii ponunt ita istam Regulam: Sed est idem collateralium in linea æquali, cuiusmodi sunt fratres & sorores, & eorundem filii, & filiæ, cum omnes distant à communi stipite, vt patet, quoto gradu quis distat à communi stipite, toto gradu duplicato distant inter se, vel sibi attinent. Nam secundum leges, quælibet persona gradum facit in collateralibus. † Computatio enim Legistarum
i ob aliam causam fit, scilicet propter successiones &c. quam computatio Canonistarum, quæ scilicet fit propter matrimonia &c. & in transuersalibus in linea inæquali à communi stipite, traditur alia regula de iure scilicet ciuili, siue secundum ll. videlicet talis, quia quot sunt personæ, tot sunt gradus, stipite dempto, vna scilicet persona communis stipitis, vnde filius, vel filia fratris, vel sororis, est in tertio gradu cum patruo, vel matertera &c. hoc est, cum fratre patris, vel matris sororis &c. *per text. ad literam in l. Consanguinitatis iure, in fin. & Auth. Cessante, in fi. Cod. de legit. hæred.* &c. quia sunt quatuor personæ cum stipite &c. & nepos fratris in quarto gradu, quia sunt quinque personæ, cum stipite eius &c. Licet fit & alia computatio to eis secundum ius Canonicum, vt in c. fi. de consang. & affinit. De qua computatione nihil ad propositum nostrum, cum hic agatur de succedendo. Et sic patet, quod cum T. filia B. fuerit in tertio gradu, cum defuncta M. quia fuerunt quatuor personæ, scilicet communis stipes pater defunctæ M. & B. & filia eius T. quod filiæ T. vxores N. a P. & C. M. neptes ex sorore consanguinea tantum fuerunt ei in quarto gradu coniunctæ, cum fuerunt quinque personæ. Ergo &c. Vt omnia ista patent melius ex arbore consanguinitatis, *vt ducit tex. in § fin. Instit. de gradib. cognatio. per Regulas Ioan. And. Christo. Por. circa Arborem, & pulchre etiam per Ioan. Fab. Inst. & eo. tit. in fin. 1. col. vers. in linea verò transuersali, cum seq. & Philip. Dec. in l. 2. versicul. Circa computatio. Cod. de success. edict.* Ex quibus euidenter sequitur, quod cum vxor N. a V. & vxores B. & M. fuerunt in pari gradu, quarto scilicet, cum defuncta M. quod bona hæreditaria eiusdem fuerint æqualiter ad eos ab intestatu delata, & quod ipsi æqualiter de iure ciuili, in capita succedant. Authen. Post fratres, la. 2. & in corpore vnde sumitur. C. de legit. hæred. vbi dicitur: Post fratres fratrumque filios vocantur, quicunque gradu sunt proximiores, atque pares in gradu pariter admittantur, sublata differentia masculorum, & fœminarum, sola namque cognatio in talibus spectatur, fiat autem diuisio in capita, & non in stirpes, per quem tex. apte claret, quod extra casum Authe. præcedentis, filii vel filiæ, non repræsentant personam patris, vel matris. Et ideo Cyn. Bart. Saly. Paul. de Cast. in d. Authen. Post fratres, not. concludunt: Quod filius &c. solum in duobus casibus, intret locum patris sui, & ita filia in locum matris. Primus, quando agitur de successione aui, tunc enim nepos ex filio prædefuncto succedit in locum patris sui mortui in successione aui. vt scilicet vna cum patruo admittatur. *§. Cum filius. Instit. de hæred. quæ ab intest. Authen. in successione, & in corpore vnde sumitur Cod. de suis & legit. libe.* Secundus casus, quando agitur de hæreditate patrui tantum, hoc est, fratris patris, &c. Qui est in tertio gradu. *§. Reliquum, in Authen. de hæred. ab intest. colla. 9. Authen. Cessante, inde sumpta. Cod. de legit. hæred.* Hinc Ang. in d. §. Reliquum, in 4. nota. inquit: † Quod solum filius obtinet locum patris, quando agitur de successione patrui carnalis, qui sit in tertio gradu, secus si agitur de successione aliorum collateralium, in vlteriori gradu: Tunc enim filius in locum patris sui, vel filia in locum matris, non surrogatur, & subiicit illud esse notandum, quia pridie fuit consultum contrariũ, & male, & not. refert etiam & sequitur Philip. Dec. *in d. l. 2. ad fin. 2. colum. cum princip. seq.* & dicit; Quod ista conclusio, quæ scilicet habet, quod filius, siue filia tantum intret in locum patris, vel matris, quando agitur de successione siue hæreditate patrui &c. probatur manifesta ratione, quia secundum iura C. & Instit. filius omnino non intrabit in locum patris in successione transuersalium, §. Si plures, Insti. de leg. agna. succe. Vbi si moritur frater, altero fratre superstite, & superstitibus filiis alterius fratris præmortui, solus frater tanquam proximior admittitur, exclusis filiis alterius fratris. *l. Consanguinitatis iure, ibi, perinde cum fratris sui intestati, &c. cum simil. Cod. de legit. hered.* Et hoc solum reperitur correctum per nouissima iura Auth. in success. patrui carnalis, *vt est text. in d. §. Reliquum, &c.* Ergo in aliis transuersalibus remanent iura antiqua, & correcta &c. Et pulchre etiam Alexand. de Imol. in Consil. 44. *incip. Videretur prima facie dicendum, in fi. penult. colum. cum princ. vlt.* in §. versum. vbi formaliter inquit: Quia respondeo, quod præterquam quando nepos quærit patruo succedere, & quando nunquam fratris quærit patruo succedere, nunquam filius repræsentat locum patris, ad hoc vt excludat alium, qui est & prior in gradu, per d. §. 1. in Auth. de hære. ab intest. cum aliis alleg. bi per eum, per quæ intendebat ad casum, de quo sibi quærebatur, dicens: Cum ergo Florius non tractet succedere auo, vel patruo, aut materteræ, aut amitæ, sed tractet succedere Corneliæ sibi consanguineæ, non intret locum patris ad hoc, vt Iordanum sibi priorem in gradu excludat. Nec obstat in præsentiarum pluralitas vinculorũ, prout videbatur, per d. Auth. Quia illud quod dicitur, vtrum sint ex vtroque parente, an ex altero, tunc non habet locum, nisi quando tractatur de successione fratrum, vel patruorum, vel materterarum: secus si de successione vlteriorum, *vt §. Si verò neque fratres, in Auth. de hæred. ab intest.* ibi enim sola propinquitas inspicitur in gradu, non vincula, quib. iunguntur, & ita per illum tex. in specie decidit Bart. Magister veritatis, *in l. post consanguineos. § Legitimo. ff. de suis & legit. hæred. & probatur per text. in d. Auth. post fratres, la 2.* & notant Iacob. de Bel. in d. §. Si vero neque fratres, ante fin. vbi quærit, quod si decessit aliquis, superstitibus fratribus patruelibus, vel cõsobrinis, vnus pater erat coniunctus suo patri ex vtroque parente, alteri vero ex vno parente tantum, an simul succedant, an prælationi sit locus. Respondeo, simul succedere debent, & in capita, quia duplex ius consideratur solummodo in fratrib. & filiis fratrum, *vt supra eo. §. Si igitur, & §. Si autem defuncto.* Subiungens: Igitur in aliis personis non est considerandum, *vt notatur C. de legit. hæred. in Auth. post fratres, in gl. quæ inci. it: & filiorum filius. & facit supra proximum § vir Si autem. ibi, quando idem. &c.* Idem tenet per d. §. Si vero neque fratres, & per d. Auth. Post fratres fratrũque, filios. Paul. de Castr. in d. Authe. Quod si pluralitas vinculorum, de quo loquitur Auth. Cessante, non attendatur vltra fratres, & filios fratrum, qui in vlterioribus ius non considerat, nisi propinquitatem gradus. Et ista pluralitas non facit quem in propinquiori gradu esse, vt ibi latius per eum. *Alexander de Imol. in additione ad Bart. in d. § legitima, cum multis concordant.* Et ita etiam sæpe consului, & est ipsa veritas. Per quæ omnia liquido infertur, quod vxores M. à V. Plat. & M. tanquam pares in gradu defunctæ M. de iure ciuili æqualiter admittuntur in capita ad successionẽ eiusdẽ, cũ pariter fuerunt ei cõiunctæ, in quarto scilicet gradu, & est sine omni dubio.

Item

Item, secunda pars responsionis principalis est etiam sine dubio, quia vbi esset consuetudo, quod etiam vltra fratres, & eorum filios, &c. duplicitas vinculorum præferretur in hæreditate defuncti, quod talis consuetudo valeret, & esset de iure valida. *l. de quibus, cum ibi nota. ff. de legibus §. Ex non scripto, cum similibus, Instit. de iure natura. gent. & ciuil.* Quæ quidem consuetudo diceretur ius ciuile loci, vbi vigeret. *c. Consuetudo, 1. dist. c. 3. de eo qui mittitur in possess. rei ser. & pulchre Panorm. in Rubr. consuetud.* Præterea non est dubium, quod si S. M. & L. testificarentur in scriptis sub sigillis eorum, quod de consuetudine, & communi obseruantia in terris, vbi causæ deciduntur secundum ius Saxonum, coniuncti defuncto duplici vinculo præferrentur coniunctis ei vno vinculo tantum in hæreditate eiusdem, quod per hoc probatur huiusmodi consuetudo, *vt patet per ea, quæ notat Bart. in d. l. de quibus, in quarta quæst. principal.*

THEMA CONSILII LXIII.

Quod ciuitas possit de bonis suis infeudare Comitem pro se, & liberis. Res in dubio præsumitur allodialis, & non feudalis.

SVMMARIA.

1 *Iure nouo habentes liberam bonorum suorum administrationem, possunt alios inuestire.*
2 *Quilibet potest recipere inuestituram, non adhibita aliqua differentia personarum.*
3 *Potest quis inuestiri pro se, & filiis masculis & fœminis.*
4 *Fœmina potest dare bona sua in feudum.*
5 *Quæ dicantur bona feudalia, & quæ allodialia.*
6 *Qualibet res præsumitur libera.*
7 *Feudum est seruitus quædam.*
8 *Per solutionem quantitatis annuæ, subiectio non probatur.*
9 *Feudum habet similitudinem cum vsufructu.*
10 *Imperator non potest tollere ea quæ sunt de iure gentium, nisi subsistente iusta, & legitima causa.*
11 *Priuilegia & concessiones Imperatoris intelliguntur sine præiudicio tertii.*
12 *Voluntas principis præsumitur esse talis, qualis debet esse de iure.*
13 *Verba posita in rescriptis Imperatoris, debent conformari æquitati, & iuri.*
14 *Ex sententia principis transfertur dominium sine actuali apprehensione.*
15 *Dominium est de iure gentium, licet modus acquirendi sit de iure ciuili.*

CONSILIVM LXIII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Insignis ciuitas N. acquisiuit quædam bona propria possessa ab I. B. & illa bona porro concessit in feudum, Generoso Comiti ab N. quo facto quidam tertius se interponit, asserendo illa bona esse feudalia Regni, & impetrat inuestiturā ab inuictissimis Imperatoribus, Friderico & Maximiliano, felicissimæ & laudabilis recordationis, & Carolo quinto, nunc feliciter imperante. Cuius ratione multa vtrinq; mouentur, tandem lis per sententiam Consistorij Imperialis dirimitur: & senatui bona adiudicantur per sententiam. Sed contingit circa illa bona dubitari de duobus, vtrum scilicet Senatus potuerit infeudare illa bona Comiti ab N. Et respondetur, quod sic. Secundo, vtrum illa bona sint censenda propria, & allodialia, vel feudalia: Ita quod Senatus teneatur illa recognoscere in feudum ab Imperatore. Et si non fiat, vtrum possessori possit præiudicari. Et respondetur, quod non.

Quod prædictæ Responsiones super proposito casu datæ, sint iuri conformes, breuibus, omissis superfluis ambagibus, ostenditur. Et prima Responsio claret. Nam licet olim secundum antiqua iura, non erat licitum omnibus indistincte infeudare, sed certis tantum personis, quibus vel dignitas, vel nobilitas, vel antiqua consuetudo tribuebat: cum indecedens videbatur, quod alii sub se vasallos haberent. *c. 1. de his qui feud. dar. possunt.* Tamen † expeditum est, quod hodie nedum maiores, minores, & minimi valuasores, sed omnes alii rustici habentes legitimam administrationem bonorum, possunt de nouo alios eorum arbitrio de bonis inuestire, & ita bona sua infeudare, & aliis de nouo in feudum concedere, & vasallos de nouo acquirere. *c. 1. in princ. vers. Noui vero inuestitura feudi &c.* in tit. per vers. Noui, in princip. dicit expresse Bald. Et nota hic, quod omnis qui habet legitimam suorum bonorum administrationem, potest in feudum dare. Subiungens: Tene menti. *Et c. 1. fin. ibi. Moderni autem non ita subtiliter, in tit. de natur. feud. Doct. in d. c. 1. Qui feu. dare poss.* Et sicut quilibet habens legitimam administrationem suorum bonorum, potest libere infeudare; ita econtra, † quilibet recipere potest inuestituram non attenta, siue adhibita aliqua differētia, sine distinctione inter personas. Cū tam liberi, quā serui possunt regulariter de feudo inuestiri. *i. Personā vero, per quos fiat inuestitu.* Et sic est sine omni dubio, quod insignis cōsulatus B. potuerit prǣfatū Comitē cum liberis suis vtriusque sexus de prædictis bonis inuestire, & ea in feudum dare. Et † quod quis possit inuestiri pro se, & filiis masculis, & fæminis, patet per text. in c. Filia vero, de success. feud. *c. 1. cum similibus, in tit. de eo qui sibi, vel hæred.* Sicut † etiam fœmina potest bona sua alteri de nouo in feudum dare, & ita habere vasallos, & subditos. *c. Fœminam quoque. eo tit. Per quos fiat inuestitu.*

Item quod similiter & secunda Responsio non minus vera sit, & iuri consentanea, patet ex eo, † quod bona feudalia & allodialia, seu propria in hoc differant, quod feudalia dicantur illa, quæ recognoscuntur ab aliquo domino, penes quem sit dominium directum illorum bonorum. Allodialia vero à nomine recognoscuntur, & proprie allodium dicitur res propria & libera. *Tex. est in cap. inter filiam, alias est in cap. 2. & in c. sequ. in tit. Si de feud. def. cont. sit inter do. & agnatum vasall.* & verbum, Allodium, ibi positum, exponunt Iacob. de Belui. Nicola. de Neapol. Bald. & Aluarot. id est, liberum & proprium, quod à nullo recognoscitur, nisi à solo Deo. c. 1. §. Ad hoc, in tit. de pa. iura. fir. licet quidam habeant sub hoc §. Rubr. Talem videlicet de allodiis, sed male, secundum Docto. quia est pars illius titu. scilicet de pace iura. fir. & dicit etiam in d. §. Ad hoc, super verbo, Allodium. Bald. Allodium est id, quod eius proprium est & à nemine recognoscitur, nisi à Deo. at optime accedit gl. in l. At si quis, in §. Sed interdum, in verbo. Oportet. in versic. Et nota Nam notat ibi gloss. ex illo text. quod attestatio probet voluntatis nostræ intentionem. Et postea subiungit: Et prodest hoc notare. possederit quis pro feudo, an pro allodio. ff. de relig. & sumpt. fun. & Bald. in l. penult. sumpta occasione, quod glossa ibi facit mentionem de allodio, definit ipsum, dicens: Est autē allodium dominium directum, vel vtile, quod non est sub alio constitutum, quod iure hæreditario transmittitur maxime ad suos hæredes: Feudum vero est beneficium sub domino constitutum in re immobili &c. C. de ingenu. manu. Hinc gloss. in d. l. pen. nota. dicit:

dicit: Quod si quis in libello dicat, se libellarium vel feudatarium esse, & succumbat, quod postea poterit dicere, 6 rem esse allodium: nec obstat exceptio rei iudicatæ, quia ista dominia non sunt eiusdem speciei. Præterea † quælibet res iuris præsumptione præsumitur libera ab omni seruitute, quum ab initio in sui origine sit libera, nisi probetur ei seruitus imposita. *l. Altius. l. Si in ædibus. Cod. de seruitu. & aqua.* & est ratio rationis, secundum Dominum Iasonem in l. Si prius, *in 14. colum. verf. Quarta & vltima conclusio.* ff. de noui operis nunciatio. Quia seruitus regulariter non habet causam naturalem, sed aut imposititiam aut præscriptitiam. §. *fin. Institu. de seruitu. Et ita inquit Bald.* 7 *in cap. Cum omnes, de constit.* Sed † quum feudum sit quædam seruitus, *secundum gl. & Doct. in l. si cuius, in prin. in verbo, Oportet. ff. de vsufruct.* Sequitur quod in dubio res præsumatur allodialis, id est libera & propria, & non feudum. Bald. & Doct. in d. c. 2 & ibi optime probatur etiam, vbi deciditur, quod filia allegans allodium, sit tuenda in possessione, contra agnatos defuncti, dicentes esse feudum. Bald. in c. 1. de controuer. inuesti. & in l. Libertas, in prin. vbi dicit Bald. quod libertas status, de qua loquitur d. l. Libertas, quia est de iure naturali, præsumitur: nisi contrarium probetur. Subinferens: Et quia iuramentum fidelitatis, & fidelitas ipsa, quædam seruitus est, allegans ad hoc glo. in d. l. Si cuius constat nemo est alterius homo, vel fidelis, nisi hoc esse probetur. ff. de stat. homi. *Bald. in l. Si vxorem, in fi. versic. Quæro quid in feudis. C. de conditio. insert. Ioan. Andr. & Canonist. in c. Minus, de iure. tur. D. Iaso. vbi supra, cum multis concordan.* Imo Bald. in c. fina. *post* 8 *princ. in versic. Dicit Inno.* in multo fortioribus terminis decidit, & prorumpit in hæc verba: Dicit Inno. † quod per solutionem alicuius quantitatis annuæ subiectio non probatur. Subiungens: Imo idem in feudo, quod non probatur feudum, licet pro concesso priuilegio soluatur aliquod annuum. Nam iste est census, non fidelitas, & transit ad quemlibet hæredem castrum priuilegiatum, etiam ad fœminam: & dicit, quod ita responderit de facto, de causa possess. & proprietat. *Et illam decisionem Bal. refert & sequitur etiam D. Ias. in d. l. Si prius, ante fin. 14. col. versic.* 9 *Adde quod fortius tenet.* Item † feudum habet similitudinem cum vsufructu, secundum Bald. in l. Vnica. §. Exceptio, *in 2. colum. verf. Nota, quod feudum.* C. de cadu. tollend. & in l. Oportet, *in fin. in prin. verf. Sed quæstio.* dum inquit: Item cum feudum magis accedat vsufructui, quam proprietati &c. de bon. quæ libe. Et quum possessores & domini prædictorum bonorum, quorum fuit I. B. in cuius ius successit Senatus B. nunquam ea receperunt in feudum, nec recipere voluerunt ab Imperatoria Maiestate, nec à quouis alio, sed semper vt allodialia, id est, vt propria & libera ab omni fidelitate seu seruitute, etiam vltra memoriam hominum, tenuerunt, habuerunt, & possederunt: Sequitur inconuincibiliter, quod Senatus præfatus ea ab Imperatore in feudum recipere, & à Maiestate eius petere, sed de eis inuestiri minime teneantur.

Nec insigni Cõsulatui in hoc aliquid præiudicari potest, quod inuictissimi Imperatores, Fridericus & Maximilianus, felicissimæ & laudabilis recordationis, & Carolus Quintus, de eiusdem bonis Comites N. potissimum ad eorum petitionem inuestiuerint. Nam ex quo priores possessores, in quorum ius successit Consulatus B. habuerit liberum dominium in prædictis bonis, à nemine etiam ab Imperatoria Maiestate recognitum, & huiusmodi dominium fuerit de iure gentium. *l. Ex hoc iu-* 10 *re, cum ibi not. ff. de iust. & iur.* & † etiam Imperator, secundum veram Regulam, ea quæ sunt de iure gentium, tollere non possit, nisi subsistente iusta & legitima causa, publicæ scilicet vtilitatis. *l. Item verberatum, in princ. ff. de rei vend. l. Lucius. ff. de euictio. glo. & Doct. in l. fin. C. Si contra ius vel vtili. pub. in l 1. de constitu. princ. glo. & Cano. in c. Quæ in Ecclesiarum, de constit.* Ex quo iure gentium sunt immutabilia. §. *Sed naturalia. Institu. de iure naturali gent. & ciuili.* Licet enim Deus subiecerit leges Imperatori; non tamen subiecit ei ea, quæ sunt iuris gentium, *secundum Bald. in ca. 1. post prin. de natu. feud.* Cum potentius sit ius naturale, aut gentium, quam ius principatus. *Bald. in cap. 1. §. final. verf. Quæro nunquid Imperator. qui feud. dare poss.* Clare infertur, quod Imperatores sine huiusmodi causa publicæ vtilitatis, non potuerunt de iure inuestire Comites d. N. in præiudicium scilicet dominij proprii, & liberi, à nemine recogniti priorum possessorũ, & eorundem successorum in præfatis bonis. Nec illa præsumitur fuisse mens siue voluntas Imperatorum, per huiusmodi infeudationes præiudicare possessorium huiusmodi bonorum, quantum ad eorum liberum & proprium dominium, à nemine prius recognitum: Cum omnia priuilegia, rescripta, & quæcunque concessiones Papæ vel Imperatoris intelligantur & præsumantur sine iniuria, damno, siue præiudicio iuris cuiusque, concessisse. Text. est notabilis, licet vulgatus, in l. Nec cuius. vbi dicit Imperator: Nec in cuiusquam iniuriam beneficia tribuere, moris est. C. de eman. liber. l. Cum filiusfam. in fi. dum dicit: Veruntamen ius alienum minuere non potest. ff. de test. mil. l. 2. §. Merito dum dicit: Quotiescunque in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, vt sine iniuria cuiusque fiat: & ita solet princeps, quotiens aliquid noui operis instituendum petitur, permittere &c. & §. Si quis à principe, vbi dicitur: Si quis à principe simpliciter impetrauit, vt in publico loco ædificet, non est eredendus sic ædificare, vt cum incommodo alicuius id fiat &c. ff. Ne quid in loco publ. c. Quamuis, vbi opt. text. † quod scilicet gratia facta à Papa alicui de beneficio vacante in certa Ecclesia, non potest præiudicare iuri tertii, de rescript. in 6. Et sic opt. ibi text. quod concessio siue gratia principis, etiam in materia, in qua pro sola sua voluntate possit ius alterius auferre, vt puta in materia beneficiali, in dubio intelligitur sine præiudicio tertij, *& hoc idem probatur in d. §. Merito, & §. Si quis à principe.* Quanto magis hoc procedit in materia non dependenti à sola voluntate principis, Papæ scilicet, vel Imperatoris, vt est in iure dominii alicuius, quod princeps non intelligatur per suam concessionem seu infeudationem alteri factam, tertio in eo præiudicare: cum non possit de ordinaria potestate, non subsistente legitima causa publicæ vtilitatis, quæ in proposito nunquam subfuit; tollere ea quæ sunt iuris gentium, vt est dominium, & possunt ad hoc plura adduci, quæ breuitatis intuitu omittuntur. Tamen prædicta confirmantur per text. nota. in l. Ex facto, in princ. quem ad hoc notant ibi Bald. & Moder. † quod in dubio 12 voluntas principis præsumitur esse talis, qualis debet esse de iure. ff. de vulg. & pupilla. substit. *& facit bonus tex. in l. Quoniam. Cod. de natural. libe.* Præterea † verba posita 13 in rescripto Papæ vel Imperatoris, debent conformari æquitati & iuri, licet verba istud non patiantur. *gl. est multum notab. in cap. Paratus, in verbo, Si verbo, 23. qu. 1. quam glo. reputat ad hoc solennem D. Ias. in d. l. Ex facto, in 2. colum. verf. Adde tu glo. & dicit, quod sæpe consulendo soleat eam allegare, & dicit quod didicerit illam gloss. ab Oldrado, in Consil. 268. incip. Quæstio est, vtrum per priuilegium, & allegat ibi illam glo. Oldra. ad hoc in 2. colum. post prin. verf. Imo per quod plus.* Et bene accedit etiam id, quod habetur in l. 2. C. de fe. patri. lib. 11. vbi Bart. per illam l. dicit, quod sicut per rescriptum principis sine causa non potest inferri directum dominium

P iure

inre plano, *nota. in d. l. fi. & in l. fi. C. de fid. instr. & iure Hast. e fisc.*
14 *lib. 10. & in d. c. Quae in Ecclesiarum.* Ita † nec vtile dominium auferri potest. Et confirmantur prædicta in proposito. Quia per dictam sententiam Consistorii Imperialis, quę scilicet fuit & est, vt apparet, sententia principis, fuit in continenti ius siua dominium, etiam absque apprehensione actuali siue reali insigni Consulatui B. acquisitum. Quod maxime in terminis nostris locum obtinet, ex quo consulatui fuerunt etiam decretæ & datæ literæ executoriales: cum etiam per solum instrumentũ principis, continens donationẽ ex certa scientia factã, probatur dominium, quia habent potentiã transferendi dominium ad libitum voluntatis, *Ita singulariter dicit Ang. in l. Officium, ante fin. vers. Sequitur in gloss. ibi scilicet, Saluo rest. ff. de rei vend. Sequitur & refert Alexand. de Imo. in Consil. 3. incip. Ex his quæ in Themate narrantur, in 3. col. vers. septimo, in 5. volum.* Et dicit Bald. in c. Ad audientiam, de præscrip. ibi, probari, quod etiam sine possessione quæritur ius ex priuilegio & donatione principis. Et Bald. in præl. in feud. *in 7. colum. vers. Sed aduertendum est, ibi, sed in priuilegiis*, inquit, quod eo ipso, quod in priuilegiis dat, trãsfert dominiũ, nec aliud requiritur, nisi ad facti executionem deuenire, *& allegat l. Bene à Zenone. C. de quadri. præscriptio. Cle. Auditor, de rescrip. & c. Inter dilectos, de fide instru. Refert & sequitur etiam Alexan. vbi supr. vers. Et inquit Bald.*

Ex istis omnibus plus quam liquido infertur, quod per infeudationes factas Imperatoribus, nihil penitus præiudiciũ iuri & dominio priorum possessorum, & c. allatum sit, nec afferri potuerit, & per consequens, Consulatui B. qui in ius eorum successit, virtute sæpe præfatæ sententiæ principis & literarum executorialium, &c. quibus incontinenti fuit ei ius & dominium quæsitum,
15 quod † quidem ius siue dominium ipsi quæsitum per sententiam, fuit de iure gentium, & licet aliqui modi acquirendi sint de iure ciuili, *quos enumerat glo. in l. Ex hoc iure, in verbo, Distincta ff. de iustit. & iur. & in l. 1. ff. de acquiren. possess.* Tamen ipsum dominium semper est de iure gentium, *vt not. in d. l. Ex hoc iure. & ibi pulchre D. Ias. in 6. colum. in princ. in antiq. impress.* Ergo &c.

Ex quo item infertur, quod sicuti infeudationes dominorum Imperatorum factæ Comitib. de N. nihil penitus præiudicarunt prioribus dominis & possessoribus sæpe præfatorum bonorum: Ita nihil præiudicarunt Consulatui B. in iure eorum. Et quod Imperator eis illud ius, & ita dominium directum, quum non subsistat causa iusta & legitima publicę vtilitatis, vt claret, & Comite de R. suum dominium vtile, quod acquisiuit ex inuestitura ei facta, & traditione secuta, per suas infeudationes futuras auferre non possit.

THEMA CONSILII LXIIII.

Feudum nouum non transit ad agnatos, nec etiam fratres, acquirentis, nisi sit in inuestitura expresse promissum. Item valet cõsuetudo inducta cõtra cõstitutiones feudales, volentes quod appellatione hæredũ, veniant tantum filii masculi acquirentis feudum, in linea descendenti.

SVMMARIA.

1 *Appellatione hæredum in materia feudali, venit filius masculus.*
2 *Feudum paternum quod dicatur.*
3 *Tenor inuestituræ diligenter est attendendus.*
4 *Valet consuetudo, disponens quod fœminæ succedant in feudo.*
5 *Valet consuetudo permittens alienationem feudi, sine consensu domini.*
6 *Lex tollens actum simplicem, non comprẽhendit mixtum, siue compositum.*
7 *De iure communi appellatione hæredis, veniunt omnes successores in infinitum.*

CONSILIVM LXIV.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Super casu proposito, & quæstionibus desuper factis, breuibus respõdeo. Et primo, quod feudum acquisitum ab N. pro se & hæredibus, non transeat ad eius fratres, quum de illis in inuestitura nulla sit facta mentio. Secundo, si allegata consuetudo potest probari, videlicet, quod in Ducatu N. vltra legitimum tempus ad inducendam consuetudinem requisitum, ita sit obtentum & obseruatum, quod feuda acquisita de nouo pro se & hęredibus, non solum transierint ad filios masculos, & descendentes, sed etiam ad collaterales, licet de illis in inuestitura nulla sit facta mentio, præualet constitutionibus feudalibus: & feudum ad fratres acquirentis pertinet.

Quod prædictæ Responsiones siue decisiones sint in iure fundatæ, patet. Et veritas primæ probatur per tex. in c. Et si clientulus. de alien. feud. vbi habetur, † quod ap- 1
pellatione hæredũ in materia feudali, solum veniant filii masculi, & filius masculus intelligitur de quocunq; descendente masculo, ex linea masculina, siue nepotes, siue pronepotes, & vlteriores fuerint, quoniam omnes tales continentur appellatione filiorum, *vt in l. liberorum ff. de verb. sign.* Item in feudo nouo non succedunt etiam fratres acquirentis, nisi sit expressum in inuestitura. Imo si duo fratres de nouo de aliquo feudo fuerint simul inuestiti, & vnus decesserit sine hærede masculo, ad superstitem tamen portio defuncti non pertinet, nisi in inuestitura hoc fuerit dispositum *s. c. 1. de frat. de no. benef. inuest. c. 1. de duob. frat. à capit. inuesti.* & sic claret per dd. iura, quod in feudis nouis etiam non habet locum ius accrescendi, *& per c. 1. §. 1. qui feu. dare poss.* & feudum in præsentiarum, quoad fratres primi acquirentis, & eorum filios dicitur feudum nouum: cum non decesserit ab ipso primo acquirente, & ita non fuit acquisitum, nec habuit initium ab eorum parẽte, sed fratre & patruo. Item adhoc, vt fratres, vel eorũ filii, & vlteriores succedant agnato decedente sine filiis, & aliis masculis descendentib. ex linea masculina in feudo, requiritur quod sint de descendentibus ab eo parente, qui fuit primus autor cõmunis agnationis, & cuius fuit dictum feudum, & ita quod ipsi descẽdant ab eo, qui primo feudum acquisierit, per text. ad literam, in c. His vero, vbi dicitur: His vero deficientibus, vocantur primo fratres, cum fratrum præmortuorum filiis, deinde agnati vlteriores, & sequitur in litera: † quod ita intelli- 2
gendum est, si feudum sit paternum, hoc est, si fuit illius parentis, qui eius fuit agnationis communis autor. Si enim Titii auus de nouo beneficio inuestitus: Titio sine legitimo hærede masculo defuncto, eius feudi successio non pertinet ad eundem Titii patruum magnum, nec ad prolem ex eo descendentem, imo reuertitur ad dominũ, in ti. de gradibus succed. in feu. Per quem tex. liquido claret, quod mortuis filiis H. B. primi acquirentis illius feudum, sine filiis masculis, feudum eiusmodi reuersum fuerit ad dominum feudi: Cum agnati ipsorum non fuerint de succedentibus ipsius H. primi acquirentis, nec ipse fuit autor agnationis communis, & illum tex. ad hoc ibi dd. dicunt meliorem de iure. Sed est similis tex. in c. 1. §. Paternum, vbi est etiã tex. ad literam,

quod

quod illud est feudum paternum, quod est acquisitum ab aliquo ex ascendẽtibus, *de natur. success. feud.* & sic est necesse, vt feudum paternum dicatur inter agnatos, quod fuerit acquisitum ab eo parente, qui fuit autor agnationis communis. Ideo Bald. & Aluar. in d.c. Hic vero, per text. ibi dicunt, quod in feud. successio semper respiciat suum stipitem, & non alium, qui non est stipes agnatio-
3 nis communis. Et † tenor inuestituræ diligenter est attendendus, & ad tenorem eius semper recurrendum est, quia vim contractus ostendit. c.1. in fi. de duobus fratribus à capita. inuest. & c. Si cui, dum dicit: Sermonem tamen inuestituræ, nec non vim verborum, & sensum contrahentium intuentes, *in tit. de quibus d. extraord. feud.* & pulchre Bald. *in prælud. feud. in quarta diuisione, & not. in c. 1. §. Denique, quæ fuit prima caus. benefi. amit.* dicit, quod forma inuestituræ sit præcisa, à cuius tenore non sit recedendum, *per tex. in d.c. His vero.*

Item secunda pars est etiam indubitati iuris, quod sc. huiusmodi consuetudo contra constitutiones feudales, volentes quod appellatione hæredum veniant tantum filij & masculi acquiren. feudum in linea descendenti inducta valeat. Nam licet regulariter fœminæ non succedant in feud. *c. Hoc autem notandum, qui feud. dar. poss.* Tamen consuetudine induci potest, vt fœminæ etiam succedant in feudo, *vt probatur in c.1. de feud. cogniti.* & ita in terminis et-
4 iam dicit Iacob. de Sancto Georg. † quod valet consuetudo, disponens quod fœminæ succedant in feudo, *in suo solen. tracta. de feud. in versic. Et fœminis, in 2. col. ibi, Octauo fallit.*

Item licet iura disponant, quod non valeat alienatio feudi sine consensu domini. *cap. 1. de prohibit. feud. alienat. per*
5 *Lotha. cap. 1. de prohibit. feud. alienat. per Fride.* Tamen † valet consuetudo permittens vasallis alienare feuda sine licentia dominorum, *secundum Ioan. Re. in Comme. d. c. 1. alias in c. Imperialem, de prohibit. feud. alienatio. per Fride.* Nec secundum eum obstat text. in d. c. Imperialem, dum dicit: Nullius temporis præscriptione impediente. Item in c.1. dum inquit: Nulla obstante præscriptione, *de capit. corrad.*
6 Nam † ibi tollitur simplex præscriptio, non autem compositum, id est consuetudo. Nam secundum eum, licet Lex, vel Decretalis tollat simplicem actum, non tamen sub ista generalitate sermonis, dicentis, non obstantibus quibuscunque conuentionibus & pactis, comprehenduntur pacta sententionata, per cursum temporis confirmata, vel iuramento firmata. *Gloss. est notabilis in Clem. Dudum. §. fin. in verbo, Pacta, de sepult. Refert & sequitur Iacob. in d. tracta. versic. Et cum pacto, de non alienando, in 4. colum. ibi. Sed hic cadit pulchra dubitatio.* Imo iura supra allegata dicunt, nullam præscriptionem obstare domino volenti reuocare alienationẽ feudi factã à Vasallo, sine licentia eius, tamen hoc solum intelligitur de præscriptione 10. annorum, non tamen 30. annorum. Nam præscriptio longissimi temporis, scilicet 30. annorum, obstaret domino reuocare volenti, *secundum gloss. in d. c.1. in verbo, Præscriptio. de capit. corrad. quam ibi communiter sequuntur Doct.* Sed de hoc hic non est latius insistendum: Quum sit indubitatum, quod consuetudine possit induci, quod etiam fratres, & alij agnati in materia feudali comprehenderentur appellatione, Rechter Lehens Erben, *Per ea quæ habentur in l. Quibus. ff. de legibus, & in §. Ex non scripto. Instit. de iur. natural. gent. & ciuil. & in l. 1. & 2. C. de consuetud. & in cap. fin. eo. tit.* Potissimum quum per huiusmodi consuetudinem quodammodo fuerit regressum ad ius commune, quo scilicet iure communi, appellatione hæredis, veniunt omnes successores in infinitum. *l. Hæredis appellatio. ff. de verbo. signifi. l. fin. cum similibus. Cod. de hæred. institu. &c.* & ad † inducendam consuetudinem, etiam contra ius cõ- 7
mune, sufficiunt de iure ciuili x. anni, *vt communiter tenent Doctor. vtriusque Scholæ, in d. l. de quibus. & in d. c. fin.* Et allegant consuetudinem regulariter incumbit onus probandi, *vt per dd. in locis præalleg.*

THEMA CONSILII LXV.

Quod vasallus teneatur petere renouationẽ inuestituræ infra annum & in loco, vbi est dominus. Secundo, quod inuestitura dari & recipi possit per procuratorem.

SUMMARIA.

1 *Vasallus maior 14. annis, succedens in feudo, & sine legitima causa negligens petere renouationem inuestituræ, amittit feudum.*
2 *Vasallus tenetur petere inuestituram in loco vbi dominus reperitur, & dominus non habet necesse, vasallum suum sequi & eum inuestire in loco domicilij vel originis.*
3 *Quæ gratuite vel ex fauore conceduntur, vel fiunt, nullum ius tribuunt.*
4 *Inuestitura & dari & recipi potest per procuratorem.*

CONSILIUM LXV.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Quidam ciues N. habent quędam bona feudalia à Nobilibus ab V. Qui Nobiles longo tempore soliti sunt eos de prædictis bonis feudalibus, quoties contigit illa bona vacare, in ciuitate N. inuestire. Et quum iam prædicti Nobiles longius domicilium transtulissent ab vrbe N. denegant ciues sequi domicilium Nobilium, & volunt se inuestiri in vrbe. Vnde quæritur, vtrum prædicti Nobiles teneantur facere inuestituram in vrbe. Et deciditur, quod non. Secundo quæritur, ex quo vasalli tenentur sequi ipsos dominos, vtrum possint petere inuestituram per eorum procuratores. Et respondetur, quod sic.

Quod prædictæ Responsiones sint iuri conformes, patet. Et primo, non est dubii iuris, † quod quum vasal- 1
lus succedens in feudo, si maior fuerit annis 14. debeat infra annum & diem petere à domino feudi, vel eius hęredibus inuestituram, hoc est, renouationem feudi, si fuerit antiquum, & fidelitatem præstare. Et si hoc sine iusta causa neglexerit, quod perdat feudum, & ipsum ad dominum pertineat, *c. 1. Quo tempor. miles inuestitur. pet. debe. c. Præterea si quis infeudatus, de prohibit. feud. alienatio. per Fride.* Licet miles vasallus habeat tempus anni & mensis. *d. c. 1.* quod remanet, *secundum communiter Do. per d. c. Præterea si quis infeudatus,* incorrectũ. Et † ꝙ vasallus teneatur sequi 2
dominum feudi, petendo se ab eo inuestiri, & quod dominus non sit obstrictus sequi vasallum suum inuestiendum, scilicet in loco domicilii, vel originis suæ, & per consequens, quod si dominus, & sui antecessores, ad petitionem vasalli, etiam vltra memoriam hominum, ex singulari fauore & amicitia, & ita per modum facultatis, sequẽdo eos ad locum domicilii eorundem, inuestiuerunt ipsum vasallum, & suos antecessores, quod penitus nullum ius per hoc intelligatur acquisitum vasallo, vt scilicet dominus feudi in futurum teneatur eum sequi, & ipsum in loco domicilii inuestire, & iuramẽtum fidelitatis ab eo recipere, patet ꝑ tritam Regulam, quæ habet, † quod ex his quæ sunt meræ faculta- 3
tis, vel quæ gratuite, siue ex fauore cõceduntur vel fiunt, non potest dici acquisitum aliquod ius, nec præscriptio causatur, nec per hoc nascitur aliqua obliqua obligatio

in futurum contra facientem vel concedentem. c. *Possessiones*, 16. q. 1. *& glo. notab. in l. Solet, in glo. fin. ff. de offi. procon. & leg. & per illud quod per illam gloss. pulchre decidit Barto. in l. Cum de in rem vers. in vlti. col. vers. Quero rusticus. ff. de vsur.* Hinc determinant in specie Cyn. Bald. & Legist. in l. 1. C. de seruitu. & aqua. Quod si per longissimũ tempus iuissem ad molendinum tuum ad molendum: quod per hoc tamen nõ posses me compellere, vt in futurum vadam ad molendinum tuum ad molendum, quia ista itio fit per modum facultatis. Et pulchre Pano. in c. Abbate Sancti Syluani, *in 2. colum. vers. Nota bene gl.* quia per huiusmodi actus non apparet, quod quis voluerit præiudicare iuri suo, de verb. significa. Item si aliquis, & sui maiores multis annis recepissent aliquem Nobilem, vel Episcopum, vel hospitem in suam domum, non tamen per hoc causaretur ius vel præscriptio contra recipientem, vt in futurum ad hoc teneretur. *Ita inquit Innocen. in c. Cum Ecclesia Su. de caus. possess. & proprieta. & eleganter Panorm. in c. Quod translationem, in 2. col. vers. Contra illum tex. de off. lega.* Et hoc procedit, nisi volentes ire ad aliud molendinum, fuissent à me prohibiti, ne irent ad aliud, sed solum ad meum: & ipsi acquieuissent huiusmodi prohibitioni, per longissimum tempus, ad præscriptionem complendam requisitum, tunc mihi oriretur ius, completo scilicet illo tempore, vt possint in futurum ad hoc compelli. *per l. Si quis diurnus. ff. Si seruitus vendic. l. Qui vie. ff. de seruitut. vrbano. prædio. & ita in terminis decidit Panormitan. in cap. Significante, in 1. notab. de appellatio.*

Ex quibus liquido infertur, quod prædictis ciuibus N. vasallis nobilis familiæ ab V. nullum penitus ius contra illam familiam ex huiusmodi actibus deß nachreiten/ voluntarie, & ad petitionem eorum ciuium, & ita per modum meræ facultatis factis, ortum sit, vt in futurum cogantur eos in ciuitate N. tempore inuestiturarum feudorum sequi, nisi præfati ciues præcepissent Nobilibus à V. vt tempore quo inuestituræ fierent, eos sequerentur ad ciuitatem N. & ipsi tempore ad præscriptionem complendam requisito, tali præcepto acquieuissent, quod tamẽ nunquam præsumitur, nec verisimile est, imo prædictæ literæ insignis Consulatus contrarium indicant.

Secundæ autem Responsionis veritas patet per text. ad literam, in c. Sed vtrum, vbi dicitur: Sed vtrum ipse, vel alius pro te inuestituram faciat, nihil interesse putamus, potest enim hoc negocium ab vtraque parte expediri, & per procuratorem, in tit. Per quos fiat inuesti. &
4 sic est ibi casus apertus, & ibi Feudistæ, † quod inuestitura potest dari & accipi etiam per procuratorem, & concordat tex. in c. Item sciendum, ante fin. vbi dicitur: Item inuestitura per se & suum nuncium dari & accipi potest, de nat. feudo. Et hoc procedit, siue loquamur de propria inuestitura, siue de abusiua. *Argu. l. 1. per quas perso. nob. acquir. secundum Iacob. de Belui. Nicol. de Neapol. Aluar. & Alexand. in d. c. Sed vtrum.* Et per istum textum determinat expresse Aluarot. in c. Omnes filii, *& penulti. col. vers. Quæro an isti filij*, quod vasallus possit iurare fidelitatem per procuratorem, *& ibi Alexa. in tit. si de feud. fue. controuers.* Est enim in d. c. Omnes, in princi. casus, quod omnes filii superstites ex vasallo mortuo retinentes feudum pro indiuiso, debeant iurare domino fidelitatem, & dicit ibi Aluarot. per illum tex. quod filii possint constituere procuratorẽ ad iurandum fidelitatem. Hinc etiam in d. c. Omnes, Andr. de Iser. inquit, quod isti filii possint vni committere, qui pro omnibus iuraret. *l. Iam tamen. §. Si plures. ff. Iudicatum solui.* quia omnes videntur iurare, pro quorum parte iuratur, *vt ff. de condition. & demonst. l. Municipibus*, & ita quod vasallus possit constituere procuratorem, ad iurandum fidelitatem, tenet etiam expresse Bald. in l. 1. §. Ne autem, *in fi. vers. Sed nunquid iuramentum.* C. de cadu. tollen. vbi dicit, quod etiam per procuratorem quis potest præstare iuramentum fidelitatis, quia inuestitura & fidelitas est istius naturæ, *vt in c. 1. §. Persona vult allegare. d. §. Sed vtrum, per quos fiat inuestit. Licet ipse teneat contrarium. & male, in l. 1. in fi. alias in 56. qu. ff. de iust. & iur. Tamen Alua. & Alex. in d. c. Sed vtrum, & in d. c. Omnes filii, reprobant eum in d. l. 1. per d. §. Sed vtrum. Idem tenet etiã Aluarot. in d. c. 1. per nota. ibi in gloss. penultim. quo tempore miles &c.* Qui enim per alium iurat, per seipsum iurare videtur. *l. Postulare. ff. de hære. tuto. l. Ita autẽ § Gessisse. ff. de administratio. tuto.* Alter enim pro altero potest in animam committentis iurare. *c. Tibi domine. 63. d. c. Optatum. c. Distinct. & faciunt not. per Cyn. & Doct. in l. 1. C. Etiam pro procurato. causam integ. &c.*

THEMA CONSILII LXVI.

Quanto tempore præscribatur iuri adeundi seu immiscẽdi, & petitione hæreditatis. Et quomodo læso vltra dimidium in diuisione succurratur.

Summaria.

1 *Iuri immiscendi, seu adeundi, & per consequens petitioni hæreditatis, præscribitur 30. annis.*
2 *Exclusus præscrip. 30. an. ex primo capite, vnde liberi, habet alios 30 annos, quibus admittitur ex alio capite vnde legitimi.*
3 *Actionibus communi diuidundo, & Familiæ herciscundæ, non præscribitur.*
4 *Deceptus in diuisione reipsa, absque proposito, etiamsi renunciauerit nihil amplius petere, potest cum effectu petere vt renunciatio rescindatur, vel quod ei suppleatur quod deest.*
5 *Distractus regulatur secundum naturam contractus, siue actus, super quo interponitur.*
6 *Exceptio doli est perpetua.*

CONSILIVM LXVI.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus qui proponitur, talis est: I. P. ab intestato decessit, relinquens post se quatuor liberos, & vxorem, & eius hæreditas iure delata est quatuor liberis suis post se relictis. Postea moritur V. vnus ex filiis I. P. cuius hæreditas de iure ciuili ad matrem suam, & tres sorores superstites peruenit. Mater quoque dehinc moriens, bona sua prædictis tribus filiabus reliquit. Vltimo A. vna ex tribus filiabus vita functa est, duabus sororibus post se relictis. Sed omnes prædictas hæreditarias portiones, aliquandiu communiter possessas, vna ex sororibus retinuit, exigua portione sorori G. assignata, quæ postea sentiens se enormiter læsam, intendit petere omnes prædictas hæreditates. Vnde quæritur, vtrum plus 10. vel 20. annis iam elapsis, audiri possit, & vtrum intelligatur exclusa à iure adeundi, vel immiscendi, & eodem modo à petitione hæreditatis, per præscrip. 30. annorũ: Et in casu, quo esset exclusa, vtrum habeat aliquod remediũ ratione læsionis. Et respondetur, prout in sequenti Consilio patebit.

Præmissa ordine suo breuibus ostendantur. Et primo claret, quod Ioa. P. ab intestato decedens, detulit omnia sua bona hæreditaria ad præfatos quatuor liberos suos in capita, Authen. in successione, & in corpore vnde sumitur. C. de suis & legit. liber. Vbi patri in successione mortui patrisfamilias, liberi eius, si sunt omnib. aliis prælati, succedunt, primi quidẽ gradus succedunt æqualiter, id est,

id est, viriliter, secundum glo. Et liberi primi gradus sunt hæredes sui, & necessarii patris, in cuius potestate fuerunt. *l. In suis. ff. de libe. & posthum. §. Sui. Instit. de hæred. qual. & differentia.* Item & secundo claret, Quod V. postea decedens sine liberis, de iure ciuili detulerit partem suam æqualiter, & ita in viriles portiones ad matrem suam, & tres sorores eius superstites, sibi ex vtroque parente coniunctas. *§. Consequens, & §. Sequi, in Auth. de hære. ab intest. & c. colla. 9. Auth. Defuncto. vers. Sed si cum parentibus. Cod. Ad S.C. Tertull.* Item & tertio est sine dubio, quod mater postea moriés ab intestato, bona sua æqualiter detulerit ad tres filias suas.

Et quod A. vltimo diem suum claudens, partem suam hæreditatis paternæ & maternæ, &c. ad suas duas sorores, B. scilicet, & G. ab intestato detulerit. *Auth. Cessante, & in corpore vnde sumitur. C. de legit. hæred.* Item petitio hæreditatis competit non solum hæredi ex testamento vel ab intestato, insolidum, sed etiam pro parte, id est, pro quota. *l. Licet minima, cum simil. ff. de pet. hæred.* Item est expeditum, quod datur contra possidentem pro hærede, id est, contra putantem se hæredem, cum tamen non sit hæres, siue bona fide credat se hæredem, siue mala fide, sciens scilicet se hæredem non esse, contendat tamen se esse hæredem. *l. Pro hærede, in princip. cum glo. prima mag. ff. de pet. hær.* Item datur petitio hæreditatis contra possidentem pro possessore, hoc est, contra eum, qui simpliciter & sine aliquo titulo possidet, nec aliquem titulum suæ possessionis allegare possit, nisi quia possidet *d. l. Pro hærede. §. fi. cum l. seq. & prin. l. seq. & regulariter ff. de pet. hæred.* Licet petitio hæreditatis regulariter non detur contra possidentem titulo iusto & valido. *l. Cogi. C. de pet. hæred.* Item licet petitio hæreditatis sit realis, siue in rem, habens tamen præstationes quasdam personales, *l. Sed et si leg. §. Petitio. ff. de peti. hæred.* tamen ei non præscribitur præscriptione longi temporis, scilicet 10. annorũ, sed tantum præscriptione longissimi temporis, 30. annorum. *l. Hæreditatis petitionem. C. de*
1 *pet. hæred.* † Sicut etiam iuri adeundi hæreditaté, non præscribitur, nisi 30. annis. *l. Licet. C. de iur. delib.* Et quamuis ille tex. loquatur in iure immiscendi, quod competit tantum suo hæredi, vt ibi patet ex textu ibi; sui hæredes, tamen communis opinio est; quod idem sit opinio adeundi, quod competit aliis hæredibus, non suis, hoc est, non liberis primi gradus in hæreditate patris, in cuius potestate fuerant. *Ita vult glo. & Doct. in l. 3. ff. de acq. hæred. glo. & Doct. in l. Vnica. C. Quando non peten. pet. & in plerisque aliis locis.* Et ista ratio, quia adire hæreditatem est ius, & non facultas facti Ita probat tex. in l. 3. alias. Si mater, in fi. dum dicit, Ius adeundæ hæreditatis, *quam l. Pau. de Cast. ibi in fi. ad hoc not. Cod. de impub. & aliis subst.* Et sic cum illud ius adeundi hæreditatem, si de iure ciuili, durat 30. annis, sicut alia remedia iuris ciuilis. *Instit. in prin. de perpetu. & tempo. actio.* & probatur per text. in d. l. Licet. Et quamuis ille text. loquatur in suis hæredibus, & ita iure immiscendi; inquit enim: Licet incontinenti sui hæredes se paternis non immiscuerint bonis, &c. tamen, vt supra ostendimus, idem est in aliis hæredibus, & ita in iure adeundi, & illud quod ibi text. dicit, de suo hærede, & iure immiscendi, non denotat iuris ministerium, sed solum facti contingentiam, *secundum Cyn. & Alber. ibi.* Imo verior videtur opinio, videlicet, quod licet iuri adeundi solum præscribatur 30. annis, per d. l. Licet, quæ loquitur non violando text. vt patet, tantum in suo hærede, & ita in iure immiscendi, non obstante verbo, longi temporis præscriptione, &c. quia in illa materia, iuris scilicet immiscendi, præscriptio longi temporis non potest intelligi de præscriptione 10. vel 20. anno. sed tantum de præscriptione 30. vel 40. annor. *vt pulchre declarat & probat D. Ias. ibi,* & sic est ibi text. quod iuri immiscendi non possit præscribi etiam præscriptione longissimi temporis, *quam opinionem dicit tenere Ange. & Alex. de Imo. in l. 1. Cod. Quando non peten. pet. &c.* Item tenendo communem opinionem, quod scilicet nedum iuri adeundi, sed & iuri immiscendi filiis in potestate cõstitutis competens, præscribatur 30. annis, tamen si filia etiam per 30. annos steterit, quod non immiscuerit se hæreditati paternæ, & † ita esset exclusa à primo capite, 2
scilicet vnde liberi, tamen poterit adhuc intra alios annos 30. admitti ex alio capite, scilicet vnde legitimi. *Ita refert Bald. in d. l. Licet, consuluisse Bart.* quia sicut se habet annus de iure prætoris, ita se habent 30. anni de iure ciuili. & ita Bartol. defendit quandam mulierem; quæ steterat 30. annis, quod non petierat hæreditatem matris. *Refe unt Ange. & Paul. de Castr. in d. l. Licet, in fi. & dicit Paul. de Cast. ibi in fi. Tene menti perpetuo, & Rapha. Cum. in l. Quamdiu. ff. de acqui. poss. & valde notan. D. Ias. in d. l. Licet, ad fin. subdens ita tenendum esse.*

Ex quibus clare infertur, quod si vxor I.S. ab hæreditate patris sui ex primo capite, scilicet vnde liberi; præscriptione scilicet 30. annorum, exclusa fuisset, non tamen esset exclusa à secundo capite, scilicet vnde legitimi, & est sine scrupulo. Sed de hoc hic non est insistendum, cum contra eam non sit præscriptum ex primo capite etiam, quia tempore quo pater eius decessit, non fuit adhuc pubes, sed in pupillari ætate constituta, & per consequens præscriptio longiss. temporis nõ potuit durante pupillari ætate contra eam currere. *l. Sicut. vers. Sed pupillari ætate. Cod. de præscrip. 30. annorum, &c.* Præterea tempore, quo mariti sororis suæ B. & ipsa B. possidebant bona paterna, & ipsa simul cum eis fuit & habitauit, non potuisset etiam contra eum currere præscriptio, quo minus eis adiudicaretur summa portio, secundum cõmunem opinionem, & veriorem, † actionib. communi di- 3
uidundo. Item familiæ hercisc. &c. non præscribitur, dum aliqui simul stant in communione, *Ita probatur in l. Cum notissimi. §. Sed & si quis. C. de præscrip. 30. annor. secundum Bart. & Doct. in l. 1. Cod. de annal. except.* Ex quibus omnibus iam clare infertur, quod cum liberi H. à V. & B. in Christo defunctorum, possideant sæpe audita bona hæreditaria paterna, materna, &c. insolidum, quorum tamen dimidia pars pertinet ad G. vxorem I.S. iure hæreditario, &c. quod ipsi huiusmodi dimidiam ad G. sororem matris eorum pertinentem, solum etiam possideant, prout etiam possederunt antea parentes eorum, pro hærede, vel pro possessore: cum penitus nullam iustam causam possidendi habeant, imo parentes eorum in mala, imo pessima fide fuerũt; nec ipsi sunt hæredes in tali dimidia, quod Gertrudi seu marito eius nomine eis competat petitio hæreditatis, pro consequenda dimidia, ex quo G. nunquam abstinuerit ab hæreditate paterna, &c. nec eis hæreditatibus expresse vel tacite renunciauerit; & quod ipsi G. non obstet aliqua exceptio, etiam præscriptionis 30. annorum, quia vt deductum est, nondum sunt 30. anni à morte fratris, matris, & sororis A. lapsi: & licet plures anni quam 30. effluxerint à tempore mortis patris; tamen adhuc non est exclusa à iure immiscendi se hæreditati paternæ, pro sua portione, & per consequens nec à petitione hæreditatis paternæ. Cum in pupillari eius ætate talis præscriptio non concurrerit contra eam. Item tempore communionis contra iudicium Fam. her. id est, hæreditatis diuidendæ, non potuisset currere. Item dato, nõ tamen concesso, quod ipsa fuisset exclusa per lapsum 30. anno. à primo capite, scilicet vnde liberi, non tamen exclusa à secundo capite, scilicet vnde legitimi, per lapsum

30, anno. Ergo, &c. Quare est in portione G. agere petitione hæreditatis pro ista dimidia, contra prælatos possessores, pro hærede, vel pro possessore tantum. Cum in ea non sint hæredes, nec aliquam causam possidendi habeant, vel contra eos agere iudicio siue actione Familiæ hercis. vt scilicet diuidantur illa bona hæreditaria inter eos in duas partes, &c. ita vt vna dimidia adiudicetur G. &c. tamen ad hoc vt prædicta G. possit cum effectu agere ad partem hæreditatis paternæ, &c. debet conferre prius recepta nomine dotis, à scilicet realiter & effectualiter conferendo, vel tanto minus recipiendo. *l. Si Pater. l. Pactum dotali. in fi. l. Filiæ dotem. l. Filia licet, cum simil. C. de collat. & per tot. tit. ff. de collatione dot.*

Præterea & vltra prædicta non minus clare infertur, cum, vt supra adductum est, G. fuit in multo vltra dimidiam partem in hæreditate paterna, materna, &c. decepta & læsa, quod si Domina G. expresse etiam repudiasset portiones suas hæreditarias, renunciando scilicet eis, asserendo se esse & fore contentam prædicta quantitate,
4 &c. † quod tamen adhuc, etiamsi solum decepta fuisset re ipsa absque proposito & dolo mariti sororis suæ, posset cum effectu petere, vt ista renunciatio siue repudiatio rescindatur, vel quod ei suppleatur, quod ei deest de sua dimidia, *per tex. in l. 2. C de rescin. vend.* quæ quidem lex habet locum in contractu empti & venditi, sed in omni cótractu bonæ fidei. l. Maioribus etiam, ibi, vel perperam, & subiungit ibi tex. generaliter: Quia in bonæ fidei iudicijs, & quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur. & dicit ibi gl. in verb. Perperam, cum vltra dimidiam sit alter deceptus, ad instar venditionis. C. Com. vtriusq; iu. & sic aperte patet per d. l. Maiorib. vt etiam dicunt ibi dd. quod d. l. 2. habeat locum in omnibus contractib. seu actionibus bonæ fidei. Sed constat quod petitio hæreditatis est actio bonæ fidei, sicut iudicium communi diuid. & Fami. her. &c. *l. fin. in fi. C. de pet. hered. §. Actionum, in fi. Insti. de actio.* Ergo, &c. Et determinat Bald. not. in d. l. Maiorib. per tex. ibi, quod si partes diuidant per breuia, & ex post facto appareat enormis læsio, quod possit læsus implorare officium iudicis, vel códitione ex ista l. vt iterum fiat æqualis diuisio intentare. *Refert & sequitur eum Paul. de Cast.* Quanto magis prædicta vendicant sibi locum in præsentiarum, vbi aperta fraus siue dolus H. V. interuenerit, asserentis pro constanti cótra scientiam & conscientiam suam, quod G. non plus debeatur ex prædictis hæreditatibus, *per text. in d. l. Maioribus, in princ.* & alias dolus & fraus nemini patrocinari debent. *c. Sedes, de rescript. cum simil.*

Et sic claret, quod etiamsi renunciatio expresse interuenisset, quod in effectu penitus nihil præiudicaret D. G. vxori I. S. agenti petitione hæreditatis, vel iudicio Famil. hercis. &c. contra hæredes H. V. quia renunciatio siue repudiatio petitionis hæreditatis, vel iudicii Famil. hercis. censeatur bonæ fidei, sicut ipsa petitio hæreditatis, vel iudicium Famil. hercis. † Cum distractus, vt renunciatio est, omnino reguletur secundum naturam contractus siue actus, super quo interponitur. *l. Si maior, cum ibi nota. C. de dolo. l. tutela, cum ibi nota. C. de in integr. restit. & per ea quæ habentur & notan. in l. Sub prætext. instr. C. de transact.* Et ideo in præsentiarum, si Rei contra I. S. agentem in petitione hæreditatis opponerent exceptionem renunciationis, ipse posset eam repellere per replicationem doli, ex quo prima actio, petitionis scilicet hæreditatis, non
6 fuit ipso iure extincta, *d. l. Sub prætextu.* & † illa replicatio doli est perpetua, quia licet actio de dolo tantum durat biennio, tamen exceptio doli durat perpetuo, hoc est, 30. ann. *l. Pure. §. fi. ff. de excep. dol.* Replicatio enim competens Actori ad elidendam exceptionem Rei, dicitur etiam exceptio. *l. 2. ff. de excep.* Sed de hoc hic non est insistendum, ex quo nulla penitus interuenerit renunciatio hæreditatis paternæ, & illa solum sunt adducta, ad magis ostendendam & fundádam intentionem Actoris, & elidendam exceptionem Reorum, &c.

THEMA CONSILII LXVII.

De transactione nomine collectarum principi soluendarum, inter quasdá vrbes inita, quod seruanda sit, & prætensis impugnationib. subuerti non possit.

SVMMARIA.

1. *Quæ requirantur ad hoc vt cótractus initus censeri possit transactio.*
2. *Quomodo agi possit ex contractu transactionis.*
3. *Per appositionem sigilli præsumitur scientia & approbatio contentorum in contractu sigillato.*
4. *Literæ sigillatæ æquipollent instrumento publico.*
5. *Verba posita in contractibus, semper debent intelligi, vt aliquid operentur.*
6. *Paria sunt, esse certum per se, vel per relationem ad aliud.*
7. *Dolo inducens aliquem ad transigendum, non potest petere transactionem rescindi ratione sui doli.*
8. *Sciens contractum initum, & non contradicens, etiamsi ab initio non consenserit, intelligitur ex post facto contractum ratificasse.*
9. *Non refert quid ex æquipollentibus fiat.*
10. *Vbi decretum Iudicis interuenit, omnia præsumuntur rite & solenniter facta.*
11. *Allegant paupertatem vel diuitias in sui commodum, & alterius incommodum, probandi necessitas incumbit.*
12. *Contractus innominatus assumit naturam illius contractus, cui assimilatur.*

CONSILIVM LXVII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Inita est conuentio seu contractus inter vrbes S. & V. ratione collectarum soluendarum Illustrissimo principi N. hoc modo, quod St. duas partes collectarum impositarum, & V. tertiam teneantur exoluere. Illam conuentionem aliquandiu obseruatam S. iam infringere nititur, allegando contra illam quasdam prætensas exceptiones. Et primo, quod Consulatus ciuitatis S. non habuerit notitiam illius conuentionis. Secundo, quod prædicta transactio potuerit tantum habere robur in vita Illust. principis Electoris B. & quod mortuo iam prædicto principe sit sublata. Tertio, quod prædicta transactio non fuerit sigillata, secundum vsum & consuetudinem ciuitatis nomine communis, &c. Quarto, quod ciuitas nunc temporis sit pauperior facta, quam fuerit tempore celebrati contractus, &c. Super quibus dubitum oritur, vtrum propter allegatas exceptiones possint venire contra transactionem prædictam. Et respondetur, quod non. Prout ex sequentibus latius patebit.

Vt veritas prædictorum magis appareat, est primo præmittendum, † quod contractus inter præfatas vrbes ini- 1
tus & celebratus, dicitur, & est transactio; cum factus fuerit ad finiendas controuersias, quæ vertebantur inter eas, der Steuwer halben/ rc. vt indicant literæ super tali contractu erectæ, in prin. in istis scilicet verbis: Nach dem sich jrrsal vnd gebrechen der Steuwr vñ Hülffgelts/ rc. zwischẽ dem M. vnd E. Stätten/ rc. & sequitur. wie folget / sich vereinigt vnd vertragen/ rc. Et sic manifeste apparet, quod sit contractus transactionis, qui fuit interpositus super controuersia, etiam de præsenti nondum sopita. *l. 1. ff. de transactio.* Imo sufficit, quod sit transactio, quod sit timor litis seu controuersiæ de futuro. *l. 1. & ibi Dd. C. eo. tit.*

Cum

Cum concurrant hic omnia substantialia requisita ad
transactionem proprie sumptam, quia fuit hic de re du-
bia facta, cum dubitabatur inter dictas ciuitates, quotam
scilicet partem quælibet ciuitas, von der bewilligte Hülff/
dare deberet. Item requiritur, quod fiat super lite mota
vel mouenda, sicut in præsentiarum erat controuersia
inter partes. Item quod non fiat gratis, sed aliquo dato
permisso, vel retento, sicut hic fuit conuentum, vt vna
pars daret tres, & altera duas partes, &c. *Ita probatur in d. l. 1.*
& l. transactio nullo dato. C eod. tit. Et licet transactio sit con-
tractus innominatus *l. cum proponas, l. a 2. C. de pact. l. 1. §. con-*
uentionis, & ibi Bal ff. de pact. l. siue apud acta. & ibi Bar. & Legist. ff.
de iureiur. Et in contractibus innominatis locus sit pœni-
tentiæ re integra *l. si pecuniam, in pr. ff. de condict. ob caus.* tamen
illa Regula fallit in transactione, in qua nõ habet locum
pœnitentia, & hoc fauore litium finitarum, ne scilicet li-
tes seu controuersiæ semel extinctæ, iterum resusciten-
tur. *l. fratris. & d. l. 2. & l. quamuis. C. de transact.* Quod nedum
in transactione ad liberandum, sed etiam ad obligandũ
tendente procedit. l. si super possessione. C. eo. tit. per quẽ
text. in d. l. si super possessione, ibi scilicet, vt si intra cer-
tum diem, paret, quod transactio non solum pure, vel
sub modo, sed etiam sub conditione fieri possit, *& ibi ad*
hoc illum tex Bald. & DD. not. Et transactio adeo imponit fi-
nem controuersiæ sine liti, quod scilicet facta transactio-
ne, iura, probationes, & instrumenta postea reperta, ipso
iure annullantur, & cassantur, quamuis de èis nihil dictũ
sit inter partes. *tex. est singul. in c. 1. de transact. quem ad hoc mul-*
tum notat Bald. ibi. in rubr. in prin. 2. col. Ex quib. iam infertur,
prædictum contractum transactionis, &c. à principio fu-
isse validum, & irreuocabilem, & per consequens, quod
S. ad eius obseruantiam in omnibus suis capitulis tene-
antur, & ita etiam ad soluendum 9. flor. der Zubuß/po-
tissimum etiam cum aliæ vrbes M. & E. adimpleuerunt
huiusmodi contractum semper pro sua parte, & S. met 7.
2 annis adimplerunt, † quo quidem casu ex contractu in-
nominato etiam ex transactione datur ipsi adimplenti
contractum, pro parte sua, actio præscriptis verbis, cõtra
non adimplentem, ad interesse scilicet, vel ad obseruan-
tiam contractus. *l. naturalis per totum ff. de præscript. verbis. l. ex*
placito. C. de re. permuta. Nam licet contractus sint ab initio
voluntatis, ex postfacto tamen sunt necessitatis. *l. sicut. C.*
de actio. & oblig. l. in commodato. §. sicut. ff. commodat. l. de contractu.
C. de rescind. vend. d. l. quamuis cum simil. Nihil enim magis fi-
dei humanæ congruit, quam ea quæ placuerunt custo-
dire, & inter partes seruare. *d. l. 1. in princ. ff. de constitu. pecunia.*
Ideo summus Princeps & Imperator tenetur seruare pa-
cta, tam cum ciuitatibus, quam priuatis inita, & idem est
in Papa, *c. 1. & ibi Panor. de probatio. Notant Legistæ in l. digna vox.*
C. de legib. & in l. donationes quas Diuus. per tex. ibi, C. de donatio. in-
ter virum & vxor.

Et est ratio secundum DD. quia cum pacta sint de iure
gentium. *l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iure.* Ergo sunt immutabi-
lia. *§. sed naturalia, Instit. de iure natur. gent. & ciuil.* Hinc Bald.
in d. l. 1. in princ. in vers. in text. ibi seruari. ff. de pact. refert Aristo-
telem ad Alexandrum dixisse: O Alexander, obserua fi-
dem datam, & fœdera cõfirmata, alias malus finis seque-
tur: sicut ipse ponit in libro, qui vocatur Secreta secreto-
rum, &c. Ita in proposito S. admonendi sunt: O vos S.
seruate fidem, & pacta inita, & confirmata, alias malus
sequetur finis, &c. Nec possunt se tueri aduersus talem
3 contractum. Nam † in primis corruit prima eorum fri-
uola exceptio, cum Consulatus S. apponendo sigillum
Consulatus, &c. censetur sciuisse contenta in contractu,
& eum approbasse, & ratificasse, ex quo illud sigillũ fuit
appensum ad existentiam etiam contractus, vt patet ex
serie literarum contractus, *arg. à contrario sensu, l. 2. & quod ibi*
not gloss. 2. vers. Et sume à contrario. & ibi Bald. & DD. C. de rebus
alie. non alien. Et hoc est sine dubio, quando quis apposuit
sigillum, vt principalis. *l. fideiussor. ff. de pign.* † literæ enim si- 4
gillatæ æquipollent instrumento publico, probatur per
tex. in c. 2. in prin. dum dicit: In instrumento publico, aut
patentibus literis, de offic. ord. in 6. literæ enim & sigilla
æquiparantur. *c. 2. de solu* Et ideo S. allegantibus, quod non
omnes de Consulatu, vel maior pars sciuerit, incumbit
onus probandi, cum sit fundamentum intentionis eo-
rum. *l. ei incumbit, cum simil. ff. de probatio. & patent per ea quæ ha-*
bentur & notan: in l. in illa stipulatione. ff. de verb. obl. Sed hic in
hoc non est latius insistendum, cum, vt iam dictum est,
Consulatus fuerit vna ex partibus principalibus præfati
contractus. Nec obstat secunda exceptio, quia contra-
rium indicant literæ confirmatoriæ Principis Electoris,
in præfatis scilicet verbis, in princ. positis, scilicet: Für
vnser Erben vnd Nachkommen/ꝛc. à quib. verbis nequa-
quam est recedendum, cum sint clara. *l. non aliter, in princip.*
ff. de legat. 3. l. Labeo. §. idem rubero, vbi dicit iureconsult.
Equidem non arbitror quenquam dixisse, quod non
sentit, vbi maxime vsus sit nomine, quo id appellari so-
let, &c. ff. de supel. legat. Et sic clarius claro patet, ꝙ Prin-
ceps E. B. felicis recordationis, per illa verba, scilicet:
Vnser Erben / ꝛc. senserit & voluerit illum contractum
valere etiam post mortem suam, & ita, quod inter prædi-
ctas partes, & vrbes perpetuo seruetur. Quod confirma-
tur ex sequentibus, in d. §. idem tubero, dum dicitur: Cæ-
terum nemo ęstimandus est dixisse, quod non mente co-
gitauerit. Item si assertio partis aduersæ procederet, præ-
dicta verba essent penitus superflua, & sine omni effe-
ctu, in literis confirmatoriis posita, quod nequaquam est
dicendum. † Cum verba in omni dispositione sic debeãt 5
intelligi, vt aliquid operentur, & ne sint frustra posita. *l. si*
quando, in princ. ff. de legat. 1. l. si quando, in prin. cum simil. C. de inof.
testa. Præsertim, quia verba apposita in contractibus, vel
instrumentis contractus, semper debent intelligi, vt ali-
quid importent, & non est præsumendum, quod vna di-
ctio sit superflue posita, *secund. Bald. super rubr. in 8 q. C. de con-*
trah emp. Insuper indubitatum est, quod cum scriptura
confirmationis referat se ad tenorem & contenta in cõ-
tractu, & in scriptura contractus sigillata expresse cautũ
sit, quod ipse debeat perpetuo valere; Cõcluditur, quod
idem dicatur specificatũ, & determinatũ in ipsa scriptura
referente, confirmationis scil. † cum paria sint, esse cer- 6
tum per se, vel per relationem ad aliud. *l. vbi autem. §. illud.*
& ibi Bar. & Moder. ff de verb. obl. & probatur in l. ait prætor. §.
1. ff. de re iud. vbi dicitur: Si iudex condemnat aliquem,
vt quod habet ex testamentis vel codicillis Meuii, resti-
tueret Titio, sic accipiendum est, quasi quantitatem no-
minauerit, quę testamento, vel codicillis relicta est, *& ibi*
Bar. in prin. l. asse toto. ff. de hær. instit. l. hæc venditio. §. huiusmodi. ff. de
contr. empt. Et sic in scriptura referente dicitur contineri
quicquid continetur in scriptura, ad quam fit relatio. §.
1. *& d. l. asse toto, & l. si ita scripsero. ff de cond. & demonst.* Item illa
quæ sunt in termino ad quem fit relatio, intelliguntur
specificata in termino referente, *secundum Bald. in l. si defen-*
sor. §. qui interrogatus. ver. nisi forte, in fi. ff. de interroga. actio. & bo-
nus tex. in d. l. si ita scripsero. Vbi habetur, quod legatum
in scriptura confirmata, videtur legatum in scriptura
confirmante. quem text. ibi Bald. hoc modo sumit: In
scriptura referente continetur simpliciter id, quod in
scriptura, ad quam fit relatio, continetur explicite.

Hinc Bald. notan. decidit in consilio 212. *incipienti. Ea quæ*
veniunt per modum declarationis, in 5. volu. videlicet, quod
intelligatur per relationem ad aliud, vere & proprie

dicatur intelligi, allegans ad hoc l. Theopompus. ff. de dot. prælegat. vbi etiam dicit post princ. quod fideiussor vere & proprie promittat eandem summam, quã Reus, licet non specificetur in instrumento fideiussionis, nisi per relationem ad instrumentum Rei. Per quæ optime infertur, quod cum in scriptura confirmata contractus scilicet contineatur, & expressum, & specificatũ sit, quod ipse debeat perpetuo valere, quod hoc etiam intelligatur expressum, & specificatum esse in scriptura confirmationis referente, licet hoc in ea non exprimatur, nisi relatiue ad ipsam scripturam contractus.

Præterea quod Consulatus S. se aduersus intentionẽ fundatam, der M. vnd E. Städten / virtute tertiæ exceptionis, prætensi scilicet vsus, &c. de iure defendere minime possit, est etiam sine dubio: quia si assertus vsus vigeret in vrbe S. Consulatus tanquã magistratus optime sciuisset talem vsum, siue obseruantiam. Ideo si de eo tẽpore prædicti contractus, siue transactiones, nõ fecisset mentionẽ, sed tenuisset, & vrbs M. &c. probabilẽ ignorantiam habuerunt de eo. Et Consulatus in S. nunc post plures annos huiusmodi contractum, quem & ipsi 7. annis obseruarunt, prætextu talis vsus ad eorum vtilitatem impugnare, teneretur in aperto, & manifesto dolo esse: sed cum dolus & fraus nemini patrocinari debeant. *c. sedes de rescript. c. ex literis, de dolo & contu.* In omni enim contractu, nedum bonæ fidei, sed etiam stricti iuris, debet interuenire bona fides. *l. bonam fidem. C. de actio. & obli. l. bona fides ff. depositi.* Et contractus stricti iuris non ideo dicuntur stricti iur s quod in eis non debeat interuenire bona fides, *vt declarat gloss. in verbo. Bonæ fidei, post princ. in §. Actionum, Insti. de actio.*

Sequitur S. nullomodo audiendos esse. Insuper cũ liquido clareat, stante scilicet asserto vsu, ꝙ Consulatus in S. fuisset in manifesto dolo siue fraude, qui scilicet dolus eo cõmitteretur, ꝙ tẽpore prædicti contractus non fecerit mentionem de eo, alias vrbes scilicet certiores reddendo, & tamen nihilominus in illum contractum consenserit, &c. Quæ quidem vrbes nequaquam hoc casu consensissent, nisi der vier Gewercken vnd Gemeine / fecissent apponi eorum sigillum.

Sequitur, quod modo ob defectum huiusmodi sigilli, Consulatus non possit rescindere vel reuocare illam transactionem, quia allegaret in effectu dolum suum: &
7 † is qui aliquem dolo induxit ad transigendum, non potest petere transactionem rescindi occasione sui doli. Non enim auditur allegans suam turpitudinem ad suum commodum, *per tex. ad literam in l. transactione finita, & ibi Legistæ, C. de transactio.* l. si creditoribus. C. de seruo pigno. dato manu. vbi dicitur: Quod si debitor ancillas suas specialiter pignori obligauerit, & vt satisfieret creditorib. & manumisit ancillas illas, & postea dicit, se in fraudẽ creditorũ eas manumisisse, quod non audiatur, qui allegat propriam turpitudinem, *vt dicit glo. ibi.* Ita in proposito, si nunc S. allegarent, quod non potuissent sine prædicta sigillatione der vier Gewercken / &c. cum aliis vrbibus M. &c. hoc modo contrahere, & tamen contraxerunt subtacendo de eiusmodi vsu, proprie & vere allegarent suam turpitudinem in eorum commodum. Ergo audiendi nõ sunt, virtute præallegatæ Regulæ, quæ habet, quod allegans suam turpitudinem, ad sui commodum, non audiatur, *dd. ll. cum concord. allegatis in glo. in d. l. transactione, & in glo. in verbo, Turpitudinem in c. inter dilectos, de donatio.* Iura enim non decipientibus, sed deceptis subueniunt. *l. 2. C. si minor se maio. esse dixe. l. 2. §. hæc verba. ff. ad Velleia. d. c. inter dilectos, cum similib.* Præterea etiam posito, non tamen concesso, quod Consulatus S. à principio non potuisset illum contractũ cum aliis vrbibus, sine consensu & sigillatione der vier Gewercken / inire & concludere, tamen ex quo die vier Gewercke vnd Gemeine / cum habuerint notitiam ipsius, sicut aliæ vrbes in M. soluerunt die Steuwr vnd gewilliget Hülffgelt / † iuxta tenorem eiusdem dicerentur eum 8
ratificasse, & approbasse: ita ꝙ amplius eum impugnare, virtute talis vsus, non possunt, quia conuentio ipsa nomine omnium ciuium, & per consequens etiam nomine der vier Gewercken / &c. facta à principio, retrotrahatur, & perinde est ac si mandassent à principio hanc conuentionem fieri: Cum ratihabitio isto casu retrotrahatur, & mandato æquipararetur, *c. ratihabitionem, de reg. iur. in 6. l. si ego. ff. de neg. gest. l. communis. §. procurator. ff. de acq. possess. l. vero. §. fin. cum simil. ff. de solutio.* & est sine dubio in contractibus. Imo idem est regulariter in delictis. *l. 1. §. sed & cum quis. §. quotiens, & §. deiecisse. ff. de vi & vi arma. cum concord.* per ratihabitionem enim confirmatur illud, quod nullum fuit ab initio, quando scilicet contractus solum vitiabatur ex defectu consensus, postea ratificantis. *l. fin. C. ad S. C. Macedo. l. licet. ff. de iud. c. 1. de aliena. feu. pat.* Ideo clare infertur, quod si conuentio ista ex parte S. ab initio fuisset nulla, propter defectum consensus der vier Gewercken / tamen ex quo postea scienter soluerunt, & dederunt, iuxta tenorem ipsius conuentionis, non minus ratificarunt eam, & consensum suum expresserunt, quam si verbis eum expressissent, & sigillum eorum ad denotandum consensum eorum apponi fecissent, cum non sit differentia, an voluntas declaretur verbis, vel factis. *l. de quib. versic. nam quid interest. ff. de legi. l. Paulus. ff. de legib. l. fin. vers. illud rectissime, ff. de diuort.* Imo facta sunt fortiora ad declarandum volũtatem, quam verba, quæ multoties proferuntur contra intentionem proferentis, *vt in c. dilecti, ibi, cum plus sit, &c. cũ multis concord. in gloss. alleg. ibi, in vers. facto citatis, de appellat.* Per quæ tã clarissime infertur, quod et in sæpe præfato casu, der vier Gewercken / &c. nõ minus, imo fortius expressissent cõsensum & voluntatẽ eorum, in adimplendo tot annis talem contractum, quam si sigillassent eum: Cum sigillatio eorum, solũ requireretur ad exprimendum eorum voluntatẽ, siue consensum. Ideo idẽ est talem consensum per æquipollens exprimere, cum de æquipollentibus idem sit iudicium, & non refert, quid ex æquipollentib. fiat, *l. si mater, cum concord. ibi in glo. alleg. vers. sua causa. C. de insti. & substi.*

Et prædicta fortifico per tex. in l. iubemus, iuncta glo. in verbo, quemadmodum, C. de testam. nam ibi etiam pro firma validitate testamenti requiritur, quod testator in testamento in scriptis nomina hæredum propria manu scribat, aut ea in præsentia testium nuncupet, & tex. vltra procedit annullando testamentũ, si illa forma non seruetur. Et tamen glo. ibi vult, quod si Notarius, vel alius in præsentia testatoris exprimat, vel legat nomina hæredum, & testator confirmet, & approbet, quod perinde sit ac si testator ipse coram testib. nomina hæredum expressisset, quam gl. ibi communiter sequuntur Bart. & DD. in l. hæredes palam. §. fin. ff. de testa. vbi Bart. inquit, quod istud obseruetur, & subdit Angel. in d. l. iubemus, quod ista sit communis opinio, & quod approbetur in Scholis, & Iudiciis, & dicit D. Ias. *in d. l. si mater, in 2. col. vers. adde, quod ista regula post Pau. de Cast. ibi, per eum alleg.* Quod ista regula, scilicet † non refert, quid ex æquipollentib. 9
fiat, haberet etiam locũ, & quod sit in tantũ vera, quod illud, quod est æquipollens, non intelligatur exclusum etiam per dictionẽ taxatiuam tantum, vel similem. Item cum, vt ostensum est, Consulatus nullum possit prætendere interesse, quid scilicet intersit totius vrbis S. quod præfatus contractus non fuisset factus: Sequitur, quod Consulatui ipsi propter defectum medij concludendi,

non

non competat aliqua actio ad reuocandum, seu rescindendum huiusmodi contractum, cum nemo sine actione experiri possit. *l. si pupilli §. videamus ff. de neg. gest. l. quotiens. §. item si temporalis. vers. aduers. ff. de administr. tutor. cum concord. allegat. in gloss. in verbo, Non habuerit, in versicul. tertio nota, in d. §. videamus.* Ex quo tex. Bart *in vers. nemo, ad vers. quanquam.* colligit, quod ista exceptio: Tu non habes actionem, impedit litis contestationem, dicit enim text. qui nullam actionem intendere potest, vnde ipsam proponere in
10 iudicio sibi interdicitur. Insuper † Regula trita & vulgata est, quam tradit Spec. in tit. de emptio. & venditio. §. nunc dicendum, videlicet, quod vbi decretum Iudicis interuenit, omnia præsumuntur rite & recte processisse. *Sequitur Bald. in l. cum his. §. si prætor, vers. imo plus dicit Spec. ff. de transact. & in c. in præsentia, de renunciatio.* & quod vult Bald. singulariter, in c. 1. qui feud. dare possunt, scilicet, quod ibi decretum superioris est interpositum in alienatione, vel alio contractu Ecclesiæ, quod contractus censeatur factus in vtilitatem Ecclesiæ. *Refert & sequitur Alex. de Imo in consil. 79. incip. Circa primum, de quo quæritur, in 5. colum. versicul. fortificantur, in 1. volum. Dominus Iason l. pacta nouissima, in 2. col. versic. tertio facit. C. de pact.*

Et in proposito ista sine scrupulo procedunt, cum illustrissimus Princeps Elector, &c. autorisauerit illum contractū, prius eo viso, & certiorato ac ponderato, vt aperte colligitur ex serie, & tenore scripturæ confirmationis.
11 Vltra prætacta omnia † non est incognitiuris, quod alleganti paupertatem, vel diuitias, in sui commodum, & ad incommodum alterius, eam probare tenetur, *secundum gl. in l. si verbo. § qui pro rei qualitate, in verbo, Dubitatur, quam ibi sequuntur DD. ff. qui satisdā. cog.* Et ratio est in promptu, quia quilibet tenetur probare id, quod est fundamentum suæ intentionis. *l. ei qui cum similibus. ff. de probatio.* & bene facit tex. in §. sui autem, in Auth. de æqualita. dot. collat. 7. vbi habetur, quod ei qui dicit beneficium tenue esse, vel reditus esse diminutos, incumbit onus probandi, sed etiam probata paupertate, occasione scilicet seditionis, seu tumultus, &c. ista probatio nihil cōmodi S. nec V. aliquid incōmodi, seu præiudicij afferre possit. Quia damnum, quod quis sentit sua culpa, sibi, & non alii imputare debet *c. damnum, de reg. iur. in 6.* & bene alludit ad propositum nostrum, text. in l. cum duobus. §. fin. cum l. seq. ff. pro soc. vbi habetur: quod si vnus sociorum fuerit condemnatus, propter delictum suum, quod non poterit pœnam propter delictum solutam societati imputare. Et hoc procedit sine dubio, quando alij non potest imputari culpa participationis causæ, propter quam damnum incurrit. *Et sic patet non obstare l. si igitur. ff. eo. tit. pro socio, secundum Dyn. in d. c. damnum in fi.* Et quod S. prætextum eorum intentionem ex eo, quod iam tota noua M. sit separata & diuisa ab alijs vrbibus, virtute clausulæ in contractu insertæ, disponentis quid fiendum sit in casu, quo præfatæ quatuor vrbes, &c. redimerentur, nedum non fundare possint, sed quod præcise contrarium ex ea sequatur, est etiam indubitatum. Primo enim claret, quod propterea contractus nō possit rescindi, vel resolui, cum non sit in eo cautum. Ergo, &c. Sed, vt adductū est, optime infertur, quod idem debeat iam fieri proportionabiliter loquendo, quod debuisset fieri, si prædictæ quatuor vrbes totum fuissent reemptæ, siue ab alijs vrbibus diuisæ, arg. l. quæ de tota, cum ibi nota. ff. de rei vend. vbi habetur: Quod iuris est de toto, quo ad totum, idem est de parte, quoad partē. Item, quod operatur genus, quoad species, siue ad omnes, idem operatur particulare, quoad particularia. *l. si chorus, in prin. cum simil. ff. de leg. 3.* Vltimo negari non potest, quin contractus transactionis in præsentiarum est in effectu contractus innominatus, do, vt des, vt patet ex tenore eius scilicet, vt non der gewilligten Hülff die M. Stätt/ rc. darent tres partes, vnd die A. Stätt/ rc. darent duas partes: Cum [illegible] adiectio sit in ea posita, quod si contingeret, quod sæpe nominatæ quatuor vrbes redimerentur, quod vrbes der A. & E. den M. Stätten pro rata 485. floren. recompensam facerent. Sequitur, † quod iste contractus innominatus assimiletur 12
contractui innominato, & bonæ fidei, scilicet pro socio. Ideo assumit naturam contractus pro socio. Cum contractus innominatus assumat naturam illius contractus, cui assimilatur. *tex. est clarus & melior de iure, in l. naturalis §. sed si fa. to, ibi, quæ actio similis erit mandati actioni, &c. ff. de præscript. verb. l. 1. §. si quis seruum ff. depositi.* Si igitur iste contractus assumit naturam contractus, pro socio. Ergo damnum cōtingens vni ex contrahentibus diuidetur inter omnes proportionabiliter, nisi cōtrariū fuerit inter partes cautum, cum societas sit quædam fraternitas. *l. verum ff. pro socio.* Et ideo adiecta particula, lucri, tantum in contractum societatis, videtur etiam adiecta particula, damni, & econtra. *§. illud expeditum. Inst. eod. tit.* Sic in præsentiarū, cum iste contractus habeat naturam societatis, necessario sequitur, quod ex quo noua M. est iam diuisa ab alijs vrbibus, quod damnum inde oriens, in der Steuwr/ pertineat ad vtramque partem proportionabiliter, pro rata scilicet partium, ex quo contrarium non est à contrahentibus conuentum. *d. l. cum duobus. § quedam. & l. seruum, qui in eo, §. socius, cum ibi nota. ff. pro socio.* Quod fortificatur etiam ex præfata clausula, siue adiectione, prouidente de prædictis quatuor vrbibus, &c.

THEMA CONSILII LXVIII.

Verum valeat venditio feudi, facta a patre vni ex filijs in potestate constituto.

Summaria.

1. *Inter patrem & filium non oritur ciuilis obligatio.*
2. *Feudum profectum à patre & auo, censetur aduentitium, & non profectitium.*
3. *Causa & indicia, ex quibus contractus simulatus præsumitur.*
4. *Venditio simulata seu imaginaria, est ipso iure nulla.*
5. *Donatio excludens legitimam quantitatem, morte non confirmatur.*
6. *Ordinatio patris in feudo antiquo, in præiudicium filiorum, non valet.*
7. *Actore non probante, Reus debet absolui.*
8. *Sententia debet esse conformis libello.*
9. *Quid probet agens petitione hereditatis.*
10. *Petitio hereditatis non datur contra titulo possidentem.*
11. *Tenet emptio, quando filius emit à patre, de pecunia aduentitia.*
12. *Præsentia bonorum virorum facit cessare simulationis præsumptionem.*
13. *Inter patrem & filium non præsumitur fraus, quo ad læsionem filiorum.*
14. *Feudum licite alienatum in agnatum remotiorem, debet per proximiorem reuocari infra annum & diem, alias excluditur per præscriptionem annalem.*
15. *Filius hæres, non potest venire contra factum patris.*

CONSILIVM LXVIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Visis & diligenter inspectis Actis, Actitatis, omnibusque literis productis in præsenti causa. & lite ver-

te vertente inter validos K. & fratres suos, Actores ex vna, & C. fratrem eorundem, consanguineum V. dictos, ex altera parte: videtur prima facie, quod in hac causa sit pronunciandum pro Actoribus contra Reum, & hoc ex fundamentis nomine eorum, & præsertim in informatione adductis. Et primo ideo, quia cum bona in libello expressa, H. V. filio suo C. in patria sua potestate constituto, non potuerit vendere, *secundum Bart. in l. frater à fratre. ff. de condict. indeb. allegans ad hoc l. si venditor. §. si pupillus, in vers. aliter. ff. de in diem adiectio. quem DD. ibi sequuntur.*

1 Et ratio est in promptu, quia † inter patrem & filium, non potest oriri regulariter obligatio ciuilis, sicut nec inter duos fratres constitutos in potestate patris eorum, si ad inuicem contrahant. *d. l. frater à fratre, & l. 3. ff. de pecu.* Et est ratio secundum communiter DD. ibi, quia patria potestas est solum de iure ciuili, *l. nam & ciuium. ff. de his qui sunt sui, vel alie. iur.* & sic pater & filius in potestate, de iure ciuili censentur vna eademq; persona. *l. fin. C. de impub. & aliis subst.* Item obligatio ciuilis est de iure ciuili. Ergo cum de iure ciuili omnes istæ personæ, pater & filius, & fratres in potestate patris constituti fingantur vna eademq; persona, non potest cadere obligatio ciuilis inter eas, cum vnus sibimet obligari non possit, &c. Hinc nulla lis esse potest inter patrem & filium in potestate. *l. lis nulla. ff. de iud. l. Actiones*, vbi dicitur: Actiones aduersus patrem filio præstari non possunt, dum in potestate eius est filius. ff. de act. & oblig. Quod autem C. V. tẽpore venditionis prędictæ fuerit in patria potestate, videtur etiam clarum, cum filius iuris præsumptione, quæ est liquidissima probatio. *l. si tutor. iuncta glo. fin. in si cum concor. in ea citat. C. de peti. tuto.* in patris potestate præsumatur esse, nisi probetur emancipatus. *l. si filius. ff. de probatio. l. si emancipati, ibi, Si te emancipatum probatum fuerit. & Alexand. de Imo & Moder. C. de collat.*

Et est ratio, quia emancipatio est facti, facta autem nõ præsumuntur, nisi probentur. *l. in bello. §. forte. ff. de capt. & postli. reuers.* Item & secundo, non potest dici, quod contractus in præsentiarum fuerit donatio, quæ inter patrem & filium in potestate teneat, à patre in recompensationem legitimæ debitæ iure naturæ filio facta, quo casu donatio inter patrem & filium valet, licet regulariter non valeat. *l. donationes quas parentes. C. de donatio. inter virum & vxor.* Et prędicta fallentia videtur probari in lege; Si non mortis, in princip. vbi dicitur; Quod donatio facta à patre filio in potestate, hac contemplatione, vt donatũ in quartam, & sic legitimam habeatur, quod huiusmodi donatio statim valet, & loquitur secundum DD. ibi, etiam in filio in potestate, *d. l. si non mortis, in prin. ff. de inoffi. testa.* Et assignat ibi rationẽ Ang. quia ista nõ est mera donatio, sed potius ob causam. *& refert ibi Ange. se ita semel consuluisse, vt ibi latius per eum, & istam limitationem tractat latius Dn. Ias. in d. leg. frater à fratre, in lectur. (mihi, in fin. antepe. colum.) vers. Septimo. prædicta regula limitatur*, quia non potest probari, quod H. V. in recompensationem legitimæ donauerit bona in libello specificata filio suo C. Item ex literis contractus apparet, quod non donatio, sed venditio interuenerit, cum filius patri precium dederit pro huiusmodi bonis. *l. 1. ff. de contrahenda emptione & venditione.* Præterea præfata bona sũt illius naturæ, & qualitatis, quod etiam expresse non possent donari à patre, etiam filio emancipato, in recompensationem legitimæ, cum sint bona antiqua feudalia.
2 Nam † quando feudum est profectum, nedum à patre, sed ab auo, & aliis superioribus, censetur feudum aduentitium, & non profectitium. *Bart. & Angel. in l. quæsitum, in princip. ff. de legat. 1. & in l. qui in aliena. §. inter dum. ff. de acquir. hæred.* Modo sit regula, quod aduentitia non computantur in legitimam debitam iure naturæ. *l. scimus. §. repletionem. C. de inoffi. testament.* Et ita concludit Iacob. de S. Georg. in suo tractat. in feud. per supradicta dicens: se ita in facto consuluisse. Item & tertio potest dici, quod iste contractus præsumatur simulatus, & non verus, & quod hæc præsumptio eliciatur ex indiciis, & causis sequentibus, & primo † propter scilicet coniunctionem 3
illarum personarum: Cum propter sanguinis coniunctionem facile præsumatur contractus simulatus, potissime contra emptorem, *vt inquit Bart. in l. post contractum. ff. de donatio. glo. & Bald. in d. l. illud. C. de sacrosanct. eccles.* Secundo, ex modicitate precii, quæ facit præsumi contractum simulatum, cum nemo præsumatur iactare suum. *l. cum de indebito ff. de probatio.* Tertio, quod in literis fiat mentio de venditione & donatione. Ex quibus etiam arguitur simulatio, *per l. per diuersas, & per l. ab Anastasio. C. mandat. & ibi gloss. & DD. l. cum vir. ff. de iure dot &c.* Et † quod venditio simulata, seu imaginaria sit ipso iure nulla. *l. emptor, & ibi glo. ff. de aqua plu. arcend l. nuda. ff. de contrah. emptio.* etiamsi iuramentum interpositum fuerit, *per gloss. reputa singu'a. in l. empt. C. plus vale. quod ag. quam quod simulat, concip. Panor. in c. quod nostram, de empt. & vend.* Per quæ omnia videtur inferri, ex prædicta venditione nullum fuisse translatum dominium in Reum emptorem, quia ex contractu inutili non potest transferri dominium. Nec videtur in præsentiarũ emptorem & Reum posse se tueri exceptione præscriptionis, aduersus Actores: quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis conualescere nõ potest. *c. non firmatur, de regul. iur. in 6 & l. quod ab initio. ff. eo. tit.* Insuper non videtur patrocinari Reo, si diceretur, quod licet donatio inter patrem & filium in potestate facta à principio non valeat, tamen firmatur morte patris. *d. l. si donationes quas.* 4

Tamen hoc procedit, si donatio talis non excesserit legitimam quantitatem: † si autem excesserit, non confirmatur morte. *d. l. donationes quas parentes l. si quis argentum. Cod. de donat.* Insuper constat, quod d. l. donationes quas, & similia iura, tantum disponunt de bonis propriis, siue allodialibus disponentis, nõn autem de bonis feudalibus antiquis: Cum longe diuersa, & alia natura & qualitas sit huiusmodi bonorũ feudaliũ, quam allodialium. Quia † pater plures filios habens, feudum 6
antiquum, quod sui progenitores pro se & suis hæredib. masculis, ex corpore eorundem procreatis, à domino feudi acquisiuerunt, vni vel duobus filiis suis, in præiudicium aliorum, sine ipsorum consensu, assignare non potest, per text. clarum, in c. 1. in prin. de successio. feudo. ibi, Succedunt tamen filii æqualiter, vel nepotes ex filio loco sui patris, nulla ordinatione defuncti manente, vel valente. Vbi text. annullat omnem ordinationem patris in præiudicium filiorum. *& ibi Andr. de Iser. Bald. & DD. & probatur in c. etsi clientibus, & ibi Iac. de Bel. & Bald. de alienatio.* & per consequens inferri videtur, quod H. V. non licuerit sua bona feudalia antiqua, vni filiorum suorum vendere. Ex quibus etiam inferri videtur, quod actoribus in præsenti causa, non obstat exceptio annalis præscriptionis, & ita, quod non habeat locum dispositio c. Titius filios masculos, si de feud. fue. contro. inter do. & ag. vasal. Quia d. c. Titius, debet intelligi de alienatione licita, non scilicet facta contra iuris ordinem, prout est contractus inter patrem & filium in potestate celebratus, vt supra ostensum est. Item & secundo, quod d. c. Titius, intelligatur, quando filii alienantis feudum antiquum peruenerint ad legitimam ætatem, & ita compleuerunt 25 annos, & tempore alienationis præsentes fuerunt, & tacuerunt, sed vnus filiorum, sicut in actis adductũ est, adhuc minor 25. annis sit. Item quod emptori, scilicet Reo infirmatum

firmatum sit, quod Actores non velint consentire in vēditionem huiusmodi eorundem feudorum paternorū. Per quæ patet eorum dissensus, & contradictio, & quod eorum mens, & voluntas fuit, scilicet, quod nullo modo voluerunt consentire in hanc venditionem, siue alienationem, fortificatur ex eo, quod ipsi à domino feudi, de dictis bonis venditis fratri suo à patre, petierunt se specialiter inuestiri, & de eis inuestiti sunt, & non solum simultaneam inuestituram petierunt, & per consequens, quod d.c. Titius, non habeat hic locum, &c. Sed prædictis, & quibuscunque aliis, ex parte Actorum non obstātibus, arbitror, Reum ab impetitione Actorum diffinitiue absoluendum fore & esse, & hoc ex rationib. & fundamentis, pro parte ipsius Rei in suis productis, & præsertim in illo, in quo lis est negatiue contestata, adductis, & ex sequentibus latius apparebit. Nam cum, vt ex serie prætensi libelli, & propria confessione Actorū claret, Actores ipsi contra Reum petitionem hæreditatis intentauerunt, & super huiusmodi petitione hæreditatis lis fit negatiue contestata, ipsi astricti fuerunt ad probandum ante omnia fundamentum suæ intentionis, & ita petitionis hęreditatis. Debet enim Actor fundamentum suæ Actionis ante omnia probare, & habere probationes in promptu *l. 1. l. qui accusare C de eden l. Actor quod asseverat. C. de probatio.* Et Actore non probante intentionem suam, Reus, etsi nihil penitus præstiterit, absolui debet.
7 d.l. qui accusare, in fi. vbi dicitur: † Actore non probante, qui conuenitur, etsi nihil præstiterit, obtinebit, & dicit ibi glossella super verbo, Obtinebit, id est, absoluerit, *d.l. Actor. l. 1. C. de probib sequest. l. fin. C. de rei vend. l. siquidem, cum concor. sing. gloss alleg. in d.l. qui accusare. C. de exceptio.* Et ista Regula probatur etiam per iura Canonica, vt in c. fin. de iureiu. in c. inter dilectos, in fi. dum dicitur: Cum autem super his fuisset diutius litigatum, quia legitime probata non fuerant, quæ petebantur, ad Monasterium pertinere, ab impetitione ipsius procuratorem tuum nomine tuo, & Mediolanensis Ecclesiæ sententialiter duximus absoluendum, *de fide instru. & in c. vt Eccles. benef. sine demi. confer. in.* Et procedit illa Regula etiamsi Reus se astrinxisset ad aliquid probandum, & defecerit in probatione, *gloss. est notab. & approbata, in l. vt circa, in gl. mag. circa fin. quam Bart. ibi dicit menti tenendam. ff. de probatio & idem Bart. in l. Diuus. ff. de re iud. Bal. Sali. & Dom. Ias. in d.l. qui accusare.*

8 Et † enim similiter etiam iure cautum sit, quod sententia debeat esse conformis libello, pro tanto, quod non valeat sententia si feratur super eo, quod non fuit petitum *l. vt fundus. ff commu. diuid.* l. non possumus cōsequi per hęreditatis petitionem, id quod familiæ herciscundæ consequimur, vt à communione discedamus, &c. quam Lita sumit ibi Bal. quod Iudex non potest se intromittere de eo, quod est extra naturam Actionis propositæ, & subiungit Bald. Nota hanc legem, quam extendit etiam ad arbitrum, & per istam dicit etiam Paul. de Cast. quod Actor non possit plus consequi, quam debet natura Actionis propositę, quod dicit esse notandum ad multa, *c. licet Heli. & ibi Cano. de Simo.* Hinc dicit notab. tex. in l. fin. in fin. C. de fideicommiss. libet. quod fatuus sit Iudex, qui condemnat in alio, quam est petitum. Et ratio istius regulæ est, quia lis contestatur super eo, quod fuit petitum in libello, si postea Iudex ferat sententiam in alio, quam in eo, quod est in libello petitum, ferret sententiam in eo, in quo non est lis contestata, sed sententia sine litis contestatione, nihil valet, & est ipso iure nulla, *l. probatam. C. de*
9 *sent. & inter. la omnium iud.* Insuper, † cum Iure promissum sit, quod agens petitione hæreditatis in solidū, vel pro parte, ad hoc vt obtineat, debet pro fundamento suæ intentionis probare, quod bona, quæ dicit ad se pertinere Iure hæreditario, fuerint in dominio, possessione, vel quasi, vt sunt Actiones, & obligationes. & alia iura incorporalia defuncti, cui hæres exitit, vel saltem, quod defunctus huiusmodi bona, vel res detinuerit, &c. *l. Item videndam. §. nunc videamus, alias fin. cum legib. sequent. ff. de petit. hered.* Item
† petitio hæreditatis non datur, nisi contra possidentem 10
pro hærede, vel pro possessore, & non contra possidentem titulo pro empto, vel donato, vel alio iusto, & legitimo titulo *l. regulariter ff. de petit hered. l. hæreditas. C. eodem tit. l. penul. C. in quibus caus. cessat longi tempor præscript.*

Et is dicitur possidere in proposito pro hærede, qui putat se hęredem, cum tamen non sit, siue bona fide credat se hæredem, cum non sit, siue mala fide sciens se non esse hæredem, contendit se tamen hæredem, *l. pro herede, in pr.* Et pro possessore dicitur possidere, q. simpliciter, & sine omni titulo possidet, nec aliquem suæ possessionis titulum allegare potest, nisi quia possidet, vt prædo, fur, raptor. & quilibet alius malæ fidei possessor. *d.l. pro herede. §. fin. cum l. sequ. & princip. l. sequ. & l. regulariter. ff. de petitio. hered.* Nō autem regulariter competit, vt supra dictum est, petitio hæreditatis contra possidentem titulo vero & legitimo, siue iusto, *d. l. regulariter. d.l. hæreditatis, & d.l. penult.* Sicut nec Publiciana datur contra possidentem titulo iusto & vero. *l. siat autem. § si duobus. ff. de publ. & Bar. & DD in d. l. hæreditatis*, datur solum contra possidentem titulo pro hærede, vel pro possessore, non autem contra possidentem iusto & vero titulo, quia agens petitione hæreditatis, solum fundat se ex titulo suo, quia hæres, vel cohæres, & possessione defuncti, sed possidens titulo habet æquale ius cum Actore. Ergo in pari causa melior est conditio possidentis *c. in pari causa, de reg. iur. in 6 l. si seruum. §. de illo. ff. de verb. obl.* Et prædicta regula, scilicet, quod petitio hęreditatis non detur contra titulo possidentem, procedit sine dubio, quādo titulus possidentis præcessit mortem testatoris, de cuius hæreditate agitur. Et cum pro parte Rei plus quam dilucide ostensum & probatum sit, vt ex Actis claret, quod H. V. communis pater, **das gut Gertt** nunquam nec alia bona, de quib. in libello in Articulis positionalib. specificato tempore mortis suæ habuerit, possederit, vel quasi possederit, vel detinuerit, &c. Sed multis annis ante mortem suam, impetitus filius suus H. V. scilicet pro empto: Sequitur inconuincibiliter, quod Actores non potuerunt contra fratrem eorum C. V. possidentem prædicta bona, non pro hærede, nec pro possessore, sed iusto, vero & legitimo titulo, pro empto scilicet, de iure intentare petitionem hæreditatis, tam ex parte agentis, quam ex parte Rei conuenti defecerit, & per consequens, quod Reus, & modo eius filii, & hæredes, postq̃ ipse feliciter in Christo obdormierit, ab huiusmodi petitione hæreditatis sententialiter, & diffinitiue, virtute scilicet præallegatæ Regulæ, Actore non probante, &c. & ope exceptionis: Tibi non competit ius agendi: Ita quia non potest ferri sententia, nisi super Actione proposita, super qua est lis contestata, &c. absolui debeat.

Nec obstant fundamenta, supra pro parte Actorum adducta. Et primo non obstat, quod dicitur, quod filius præsumatur in potestate patris, nisi probetur emancipatus, & si filiusfam. emat à patre, quod non valeat emptio, cum non oriatur inter eas obligatio ciuilis, &c. Cū aperti Iuris sit, quod si filius in potestate patris cōstitutus, emat à patre de peculio castrensi, vel quasi castrensi, & ita de sua propria pecunia, non profectitia, nec aduentitia, in qua pater habeat vsumfructum, quod tunc valeat, & teneat emptio, & oriatur inter patrē & filium in potestate,

nedum

nedum naturalis, sed etiam ciuilis obligatio, *per tex. in l. 1. in fi. alias l. 2. in princ. ff. de contrah. empt.* Et ita in terminis, & specie decidit Bar. in l. frater à fratre, (*mihi, in pen. colum.*) *vers. tertio quæro, ibi, si vero filius*, vbi in hæc verba prorumpit:† Si vero filius emit à patre rem ipsius patris, hic est aduertendum, de qua pecunia soluatur precium, & siquidem soluatur de pecunia filii castrensis, vel castrensis peculij, vel aduenticij, cuius pater non habet vsumfructum, constat, quod valeat emptio, *vt d. l. 1. in fin. de contrahen. emptio.* Si actoribus impossibile est probare, quod frater eorum emerit sæpe nominata bona à patre eorum communi, de peculio profectício, vel aduenticio, in quo pater habuisset vsumfructum, sicut tamē tenentur, cum sit fundamentū intentionis eorū, *d. l. Actor. C. de probatio. l. ei qui dicit, cum similib. ff. eodem tit.* Quod potissimum procedit in proposito nostro, cum manifestum sit, quod C. V. tempore quo antedicta bona emerit, habuerit pecuniā, quam acquisiuit ex militia sua, quam exercuit apud Regem Poloniæ, & alios principes, in qua quidem pecunia tanquam quasi castrensi, pater nullum penitus vsumfructum, nec aliquod ius habuerit. & Bart. in d. l. frater à fratre, non allegat d. §. si pupillus, in vers. aliter ad istum casum, quando filius scilicet emit à patre rem patris, de sua propria pecunia, sed quando emit de pecunia propria ipsius, nam isto casu si filius contrahat cum patre, nihil valet, *vt d. § si pupillus*, & sic corruit in totum, quod dictum est à patre & filio in potestate, & quod filius præsumatur in potestate patris, &c. Cum ita valeat emptio, si scilicet filius in potestate emat à patre, sicut ab alio, cum filius in tali peculio habeatur loco patrisfamilias, nisi ex aduerso probetur, quod filius habuerit peculium profectitium, vel aduentitium, in quo pater habuerit vsumfructum, & de isto emerit rem propriam patris, quod etiam non præsumitur, cum sit facti: facta autem nisi probentur, non præsumuntur. Ergo, &c. Ex prædictis etiam patet, quod ea, quæ ex parte Actorum, de donatione inter patrem & filium adducta sunt, penitus nihil obstet Reo, sed quod inepte citata sunt: cum hic non simus in materia donationis inter patrem & filium in potestate, sed vbi filius emit de sua propria pecunia, in qua pater nihil penitus iuris habuit, bona patris sui, vt expresse dicunt literæ cōtractus. Ideo hic non est superflue insistendum circa hoc, cum Reus habeat fundatam intentionem exceptionis suæ, scilicet, quod cum possideat titulo iusto & vero pro empto, scilicet, quod contra eum non potuit intentari petitio hæreditatis. Quare etiam plus quam pueriliter ex aduerso adductum est, quod feudum profectum ab auo, vel superioribus, non tantum à patre, sit aduentitium, & non profectitium, *vt allegat Bar in d. l. quæsitum, &c.* sed aduentitia non computantur in legitimam debitam iure naturæ: cum hic nō simus in materia, quæ bona possunt computari in legitimam; Tamen ex aduerso in hoc euidenter in iure erratum est, cum feuda & alia bona profecta, & acquisita ab auo paterno, non sunt aduētitia, respectu patris, sed profectitia, sed profecta ab auo materno, dicuntur aduētitia filij, & in illis terminis loquitur Bart. & DD. in d. l. quæsitum, in hæc enim verba prorumpit in fine: Nota ex hac l. quod illud, quod nepos consequitur ab auo materno, non dicitur profectitium, quoad patrem, in cuius potestatem reincidit, &c. tene menti: sed hoc nihil ad propositum. Nec potest dici, quod contractus emptionis fuerit simulatus, cum cōtrarium clareat aperte ex literis contractus, quod prædicta bona H. V. vendiderit filio suo C. vere, & non ficte,

12 quod fortificatur ex eo,† quod boni, & honesti viri interfuerunt huiusmodi contractibus, propter quorum præsentiam præsumitur abesse omnis dolus, fraus, vel simulatio. *l. transactionem, cum ibi notat. C. de transact.*

Nec obstat, quod dicunt Bartol. in l. post contractum. ff. de donatio. & Bald. in l. illud. Cod. de sacrosanct. eccles. Quia non loquuntur in istis terminis, imo longe diuersis, & separatis. Nam Bar. ibi tractat, quando donatio vel venditio præsumatur facta metu pœnæ delicti committendi. & inter cætera, (*mihi, in 2. col.*) *vers. secunda præsumptio est*, dicit: Quod quando quis donat coniunctæ personæ, quod præsumatur donatio metu pœnæ criminis committendi, & allegat ad hoc l. data, C. eo. tit. de donatio. & l. penult. circa princip. ff. de bon. liberto. dicens: & illa lex multum notab. quam Dy. non allegat, & ibi dicit etiam, quod oportet, quod causa præcedat, propter quam præsumatur fraus. Subiungens: alias sola proximitas non sufficeret, &c. & dicit idem in venditione.

Tamen requiritur, quod emptor sit particeps fraudis, & quod propter coniunctionem personarum, præsumatur contra emptorem, qui debet scire. Sed in isto casu venditio non fuit facta filio metu pœnæ criminis committendi. Imo Bartol. vt adductum est, expresse ibi vult, quod etiam isto casu, quando donans vel vendens postea committat crimen, non sufficiat ad inducendam præsumptionem fraudis. Item Ioan. de Imo. in d. l. post contractum, *in 1. col. vers. Item adde*, reprobat Bart. ibi in hoc, dicens; quod in quantum Bar. circa secundam præsumptionem, quod si donatur aliqua res cōiuncta personæ, quod ex hoc præsumatur fraus, licet fiat ante delictum commissum, dummodo subesset causa, propter quam delictum commissum, tamen subiungit: Hoc non videtur esse verum, si aliqua coniectura non concurrat, nam etiam sæpe ratio coniunctionis inducit ad donandum. *facit quod habetur in l. si seruus communis. ff. de donatio. int. vir. & vxor. & quæ notan. in l. qua dotis. ff. solut. matrimon.* & sic cum alia coniectura possit capi, quæ non cadit in delictum, non debemus in dubio præsumere delictum vel fraudem. *arg. l. merito. ff. pro socio.* Et addit Imo. quod pro hoc faciat d. l. data, quam Bart. pro se allegat, vbi patet, quod circa insinuationem fiendam nulla sit differentia inter donationem factam coniunctæ personæ, vel extraneō, licet insinuatio fuerit inuenta propter fraudes & simulationes vitandas, per quæ etiam apparet, nihil facere ad propositum dictum Bald. in d. l. illud, quia loquitur & tractat ibi in 4. quæstione, an donatio facta à benemerito, requirat insinuationem, nec ne, & ideo satis inepte gloss. Bart. & Bald. in locis præallegatis in proposito adducuntur. Item

inter † patrem & filium non præsumitur fraus siue simulatio, quæ ad læsionem filiorum. Ideo si statuto caueatur, quod mulieres non possent contrahere sine consensu duorum propinquorum, etiam cum iuramento, quod tale statutum non habeat locum, si filia renunciet patri. Ita pulchre decidit Bald. in l. pactum dotali. vbi dicit, hoc procedere in contractu & distractu. C. de colla. Et quod nulla fraus vel simulatio in præsenti casu interuenerit, patet, quia alii filii H. V. nati ex secunda vxore sua, p̄sumūtur in pari dilectione, imo in maiori dilectione communis patris eorum sunt, quam filius suus C. ex prima vxore iam mortua natus. Cum Ius præsumat, patres & matres magis affectos liberis secundi matrimonii, quam primi. Nec ratione modicitatis precii contractus emptionis perpetuus, & nō factus cum pacto de retrouendendo, præsumitur simulatus, & ita factus in fraudem vsurarum, licet aliud sit, quando ista tria concurrant, scilicet modicitas precij, & pactum de retrouendendo, & quod vendens solitus fuerit fœnerari, *vt habetur & not. in d. c. nostram, de empt. & vend.* Præterea ex modicitate precij in præ-

in præsentiarum frans vel simulatio non præsumitur in-
teruenisse, ex quo C. V. emptor non solum dedit pro bo-
nis prædictis 40. flor. de sua propria pecunia patri suo,
sed etiam renúciauit, vt patet ex serie literarum emptio-
nis, omnibus bonis paternis, in fauorem & commodum
fratrum suorum consaoguineorum, in quib. bonis fue-
runt etiam comprehensa bona auiæ suæ, matris scilicet
patris sui, quæ se extendebant vltra 800. florenos, & sic
acquisiuit huiusmodi titulo maxime oneroso. Ideo nul-
lo modo dicta venditio potest etiam censeri donatio,
vel ein Begifftigung / sed mere contractus onerosus sim-
pliciter vltro citroque obligatorius, quare d. l. ab Ana-
stasio, & d. l. per diuersos, loquentes in materia cessionis,
nihil ad propositum faciunt.

Item & secundo noo potest dici, quod prædicta ven-
ditio fuerit nulla, quia pater oon potuit vni filiorum, in
præiudicium aliorum filiorum, eiuscemodi bona feuda-
lia auita & antiqua veodere, *per text. in d. cap. 1. de success. feud.*
Nam vt pro parte Rei in actis, & præsertim in supra alle-
gato producto ostensum est, expediti iuris est, quod
qoando pater vel agnatus alienat feudum antiquum li-
cite, vt quando ipsum alienat cum consensu domini
feudi, quod tunc talis alienatio valeat & teneat, ita quod
in emptorem, in qoem facta est alienatio, secuta tradi-
tione, transferatur dominium huiusmodi rerum feuda-
lium antiquarum, licet non interuenerit consensus filio-
rum & agnatorũ, licet filius vel proximior agnatus possit
per reuocatoriam & actionem personalem, in factum sc.
14 retractare huiusmodi alienationem, † à qua tamen reuo-
catione excluditur filius vel agnatus, præscriptione an-
nali, si alienatio fuerit facta in remotiorẽ agnatum. *dict. 4.*
Titius, & ibi communiter Feudistæ. si de feud. fuer. contro. inter do. &
agna. vas. Et sic clarissime patet, & est sine dubio, quod ta-
lis alienatio, & ita venditio in huiusmodi casu licito, me-
ro iure tenet & valet, alias non esset necessaria retracta-
tio infra annum, vel 30. annos, quando esset facta cum
consensu domini feudi in extraneum, secundum glo. ibi
magis communiter approbatam, quod non esset, sed ta-
lis alienatio siue venditio esset ipso iure nulla: quia quod
nullum est, annullari siue retractari non potest. l. nam et-
si sub cõditione. ver. post defectum, vbi dicitur: Post de-
fectum autem conditionis natus posthumus gradum nõ
rumpit, quia nullus est. ff. de iniust. irrito & rupto test. Ita
si esset nulla, noo excluderetur filius vel agnatus anno,
quum perpetuo possit peti quod declararetur nulla, à
quo iure reuocandi seo retractandi Actores præscriptio-
ne plurium annorum, & non vno tantum, quod tamen
sufficeret, cum illa venditio sit facta à patre licite, scilicet
accedente consensu domini feudi, Ducis Pomeraniæ, in
alium filium suum æque proximum cum Actoribus fra-
tribus suis, consanguineis exclusi sunt. Et dato, non tamẽ
concesso, quod vnus filiorum ex Actoribus esset adhuc
minor, quod vix probabit, sicut tamen teneretur. *l. si mi-*
norem. Cod. de min. tamen adhuc omnes Actores essent ex-
clusi à iura reuocandi seu retractandi huiusmodi vendi-
tionem, etiam dato, quod non essent exclusi præscriptio-
ne, & quod sæpe etiam petiissent eam à Reo retractari, ex
quo ipsi immiscuerunt se hæreditati paternæ, recipien-
do nedum bona feudalia, sed etiam allodialia relicta à
15 patre communi. Et ideo † factum patris, cui hæredes ex-
titerunt, retractare non possunt, sed ipsum adimplere te-
nentur. Nam quum pater Actorum, & Rei, & eorum su-
periores de prædictis bonis, vt innuunt literæ inuestitu-
ræ, fuerunt inuestiti pro se, & suis hæredibus masculis,
&c. alienatio ista à filiis hæredib. reuocari non posset, per
quæ iura & rationes, de quibus in prædicto producto
Rei, in quo lis negatiue super partitione hæreditatis con-
testata est. Licet aliud esset, si feudum antiquum esset ac-
ceptum siue acquisitum pro se, & liberis vel filiis, nõ ad-
iecto nomine, hæredibus, *de quo per DD. in cap. 1. an agnat. vel*
fil. Tamen hic noo est latius de materia reuocationis in-
sistẽdum. Nam ex quo Actores intentarunt petitionem
hæreditatis, quæ est actio in rem. *l. sed etsi lege. §. petitio. ff. de*
petit. hered. & super illa actiooe reali petitionis hæredita-
tis, lis sit negatiue contestata, &c. & plus quam manife-
ste probatum sit, quod Actoribus oon competat petitio
hæreditatis contra Reum, titulo vero & iusto bona in li-
bello specificato possidentem, & ita propter defectum
extremi ex parte Rei: Item etiam, vt supra deductum est,
ex parte Actorum. Cum dicta bona tempore mortis pa-
tris eorum, non fuerunt in eius dominio, vel qoasi, nec
possessione, detentione, vel quasi, &c. ad fundandam
petitionem hæreditatis requisita. Sequitur aperte per ea,
qoæ supra in principio adducta sunt, quod solum super
petitione hæreditatis, & non soper reoocatione & iure
personali pronunciandum sit. Et per consequens, quod
Reus ab huiusmodi impetitione, virtute Regulæ præal-
legatę, Actore scilicet non probante: Item ope exceptio-
nis: Tibi non competit actio, sententialiter & diffinitiue
absolui debeat.

THEMA CONSILII LXIX.

Vtrum valeat donatio omnium bonorum,
& vtrum possit dari hæreditas per modum con-
tractus, &c.

SVMMARIA.

1 *Validum est argumentum à sufficienti partium enumeratione.*
2 *Hereditas non potest dari in contractibus.*
3 *Donatio omnium bonorum, præsentium & futurorum, non valet.*
4 *Omnes contractus, qui fiunt vice testamenti, sunt à iure reprobati.*
5 *Præsumitur donatio causa mortis, in quo mortis fit mentio.*
6 *Donatio mortis insinuata, non eget quinque testibus.*
7 *Posterior vltima voluntas priori derogat.*
8 *Testamentum quando dicatur coram iudice factum.*

CONSILIVM LXIX.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter im-
plorato. Ioannes ab N. habens multa bona, nec
aliquam legitimam prolem ex corpore suo descenden-
tem, voluit prouidere filiis fratris sui, F. ab N. Quibus in-
ter viuos fert prætensam quandam donationem seu or-
dinationem de omnibus bonis suis. Postea tamen ante
obitum suum in iudicio fecit testamentum apud Acta,
ordinando de boois suis. Qua ordinatiooe non obstan-
te, tutores filiorum F. de N. vigore prætensæ donationis,
intendunt petere omnia bona prædicti Ioannis ab N.
Quæritur, vtrum sint admittendi: Et deciditur ex suffi-
cienti partium enumeratione, quod non. Etsi aliqua ra-
tione valere prior ordinatio seu donatio potuerit, quod
tamen per posteriorem apud acta factam, sit reuocata, &
quod posterior voluntas priori præferenda sit.

Quod prædicta sint iuri consona, ex sequentibus bre-
uiter ordine patebit. † Expeditum est, quod argumen- 1
tum à sufficienti partium enumeratione, sit validum in
iure. *l. 1. ff. de his qui sunt sui vel alie. iuris. Inst. in princip. eodem tit.*
Sed primo, quod ista dispositio non valeat vt testamen-
tum, est sine dubio, quum hęreditas in contractibus dari

non possit. l. verba contraxerunt, vbi dicitur: Verba contraxerunt, gesserunt, ad ios testandi noo pertinent, &c. de verbo. & rer signifi. l. hæreditas, vbi dicitur: hæreditas extraneis testamento datur, &c. C. de pact. conuent. & omnes dicuntur extranei, exceptis liberis, & parente, qui habet in potestate. *l. 1. §. extraneum. C. de rei vxor. actio.* Pactum enim interpositum vice testamenti io contractum, 2 est ipso iure nullum. *dict. l. hæreditas*, † cum hæreditas in contractibus dari non possit. *l. pactum quod dotali. C. de pact. l. cum donationis, in fin. C. de transact. l. stipul. hoc modo concepta. cum sim. lib ff. de verb. obli.* & hoc est quod dicit text in dict. l. verba, scilicet, Verba gesserunt, contraxerunt ad ius testandi oon pertineot. Imo nec Codicillis hæreditas directo dari potest, sicut nec in eis adimi potest. l. 2. vbi dicitur, Hæreditatem quidem neque dari, neque adimi Codicillis posse, manifestum est, *C. de Codicillis l. hæreditas. Cod. de his quibus vt indignis, &c. l. non Codicillum, de testam.* Item & secundo, qood prædicta bona relicta, non possiot etiam peti vt legata & fideicommissa, etiam est sine dubio, quũ nec interuenerint Codicilli, in quibus relinquuntur legata & fideicommissa, & requiritur quud in eis ioteruenerint quinque testes. *l. fin. C. de Codicil.* & non in contractibus, *vt per tot. tit. C. de Codicil.* vltimæ etiam voluntates possunt vsque ad vltimum vitæ spiritum reuocari. *l. 3. ff. de adim. leg.* donatio autem inter viuos, vt contractus, est irreuocabilis. Item tertio, quod huiusmodi dispositio deß Vortrags/ oõ valuerit etiam vt donatio siue collatio inter viuos, collata tamen post mortem donantis, si scilicet contingeret eum decedere sine liberis masculis, videtur etiam sine scrupulo, cum, vt patet ex verbis io dicto Articulo insertis, scilicet, All sein Gut / es sey in beweglichen oder vnbeweglichen Gütern Fahrender oder vnfahrender Habt. Et sequitur, Nichts außgeschlossen/ rc. nulla bona superfuissent, de quibus potuisset testari, vel io vltima sua voluntate disponere, & sicut etiam alias de iure noo potuisset testari de bonis suis feudalibus. *c. in fi. intit. de success. feud.* sequitur, quod huiusmodi donatio inter viuos, cum per eum fuisset sublata prorsus libera facultas testãdi, & ita totaliter remota testamenti factio, fuerit ipso iure nulla. &c. Cum negari non possit, vt patet ex serie prædictorum verborum, quod dicta donatio non solum comprehendisset præsentia, sed etiam futura bona, & ita quæ habuerit tempore mortis suæ, vt innuunt expresse illa verba: Nach seinem tödtlichen absterben all sein Gut. Item nichts außgeschlossen rc. seinen Erben allenthalben vnansprechlich zusorgen/ & sic non superfuisset obolus tempore mortis donantis, de quo testari potuisset, quo casu, *secundum Bart. & communiter DD in d. l. stipu. hoc modo concepta. & in l. fin. C. de pact.* donatio omnium bonorum est nullius momeoti, & fundamentum originale eorum est, quia auferi saltem per indirectum liberam testamẽti factionem, quia nullus vellet esse hæres, qui haberet restituere omnia bona donatario, *& alleg. Bartol ad hoc text. Instit. in princ. ad l. Falcid. &c.* & ideo talis donatio, tanquam contra bonos mores, non valet, quia auferret liberam testamenti factiooem: & licet aliqui Doctores contrariam opiniooem teneant, quod scilicet valeat donatio omnium bonorum, præsentium & futurorum, *prout tenet orig. Dyn. in reg. Quod semel de reg. iur. in 6. & in l. heredes palam, de testa. Bald. Ang. Perus. Ludo. Rom. a. in d. l. stipu. hoc modo concepta, & in aliis locis adductis per Alexand. de Imol. & Dn. Ias. in d. l. stipulatio hoc modo concepta.* & mouentur principaliter, quia quilibet dicitur moderator & arbiter in re propria. *l. in re mandata. Cod. manda. l. dolus, de sepult.* etiam abutendo. *l. sed etsi lege §. consuluit. ff. de petitio. hæred.* Ergo videtur quem posse donata omnia bona sua, præsentia & futura, &c. & etiam aliis motiuis, de quibus hic disputare est superfluum. 3 Tameo † opinio Bart. tenentis donationem omnium booorum, præseotium & futurorum, esse nullam, est verior & communior, *prout attestatur Paul. de Castr. in d. l. stipu. hoc modo concepta, & etiam Bald. in d. l. fin. & Panorm. in consil. 48. incip. Augustinus & Catharina, in 2. volum.* & probatur illa opinio Bar. vltra adducta, per eum, & io d. l. hæreditas, de pact. conuent. ibi vice testamenti, quod non videtur posse negari, quod quando est facta donatio omnium bonorum, tam præsentium, quam futurorum, quod intelligatur facta vice testamẽti. 4 Sed † omnes contractus, qui sunt facti vice testamenti, sunt à Iure reprobati. *d. l. hæreditas.* Ergo, &c. Ideoq; dicit ibi Io. de Imo. in d. l. stipu. hoc modo concepta, quod non valeat donatio omnium bonorum, præsentium & futurorũ, per casum expressum in d. l. hæreditas. Nec obstat fundamentum supra adductum, per teneotes contrarium, vbi dicitur, quod quilibet sit moderator & arbiter in re propria. *dict. l. in re mandata.* Quia *secund. Paul. de Cast. in d. l. fin. & Panor. in d. consi.* hoc procedit, nisi huc sit cõtra bonos mores. Sed sic est, quod si valeret donatio omnium bonorum, tam præsentium, quam futurorum, quod saltem per iodirectũ talis donatio aufert liberam testandi facultatem, vt supra adductum est, quod esset contra bonos mores. Ergo, &c. Item Reipublicæ interest, ne quis re sua male vtatur. *§. sed hoc tempore, Inst. de his qui sunt sui vel alie. iur.* Imo secundum D. Ias. in d. l. stipulatio hoc modo concepta, & bene, Dynus & sequaces non discrepant à Bar. Nam & ipsi volunt, quod quando nihil est reseruatum, de quo possit donans testari, quod tunc non valeat donatio, per supra dictam rationẽ, quia auferretur libera testandi facultas. Et idem omnino etiam vult Bart. scilicet, quod valeat donatio omnium bonorum, quando aliqua certa res extat, de qua donans possit testari. Et in casu, quod donatio omnium bonorum, nõ valet, vt scilicet quando est facta de omnibus bonis, præsentibus & futuris, tunc huiusmodi donatio in totũ vitiatur, non solum in præsentibus, sed etiam in futuris, *secundum Bald. in dict. l. fin. allegans ad hoc d. l. hæreditas.* Idem tenet notanter, quod scilicet vitietur in totum talis donatio Io. de Imo. in d. l. stipulatio hoc modo concepta, *in vlt. colum. in versic. Item attende*, per text. in l. si libertus, ad finem. ff. de iure patro. vbi videtur esse casus, scilicet quod quando eodem tempore in fraudem legis, plura alienantur, omnia anoullentur ipso iure. Secus, quando ex interuallo fit alienatio vnius rei post aliam. Refert & sequitur reprobantis opinionem Sal. tenentis contrarium in d. l. fin. Alex. de Imo. io d. l. stipulatio hoc modo concepta, *in 7 colum. versic. quæro vtrum, cum concord. ibi per eum adductis.* vbi etiam respondet motiuis Salic. in illam partem videtur etiam inclinare Barto. in d. l. fin. licet se non firmet: & plus dicit Io. de Imo. in d. l. stipulatio hoc modo concepta, io princ. vlt. col. vbi in hæc verba prorumpit: Imo plus forte posset attemptari, quod si simpliciter donarentur omnia bona post mortem alicuius, hoc acto, quod si donatio inter viuos: hoc casu donatio forte oon valebit etiam, licet non sit adiectum aliter de futuris, quasi in dubio, & quo dispositio est vniuersalis, & relata ad tempus mortis, videtur facta vice testamenti, per dict. l. hæreditas, vbi etiam videtur casus secundum eum.

Nec tutores liberorum Friderici ab N. possunt bona Ioannis ab N. ex causa donationis, causa mortis petere, posito quod fuisset dooatio causa mortis, sicuti reuera 5 videtur fuisse, qoia † quando in donatione fit mentio mortis, præsumitur in dubio donatio causa mortis. *l. Seia. ff. de dot. præleg. l. Seia. l. vbi mortis. ff. de donatio. causa mortis.* per

quas

quæ inra ita dicit Bart. in d. l. fin. nisi sit expresse dictum, quod sit donatio inter viuos, vel quod reuocare non liceat, quorum neutrum hic interuenit. Ergo, &c.

Nec obstat si obiiceretur, quod non potuerit dici donatio causa mortis, quum in ea requirantur quinque testes, sicut in Codicillis. *l. fin. Cod. de donatio. causa mortis.* quia hoc est verum, quando donatio causa mortis fit in præsentia testium, quod tunc requirantur quinque testes, ad huc vt valear, quo casu etiam non eget insinuatione,
6 si excedat summam à iure expressam. *d. l. fin.* † Potest autem etiam fieri absque præsentia testium, & isto casu est necessaria insinuatio huiusmodi donationis causa mortis, excedens legitimam summam *l. donatio. Cod. de donatio.* Et isto casu d. l. donatio, *secundum Sal. ibi, post princ.* non est correcta per d. l. fin. *Vt etiam inquit ibi Sal. in opposi.* & hæc confirmatur, scilicet, quod non fuerit donatio inter viuos, scilicet, Folgen / *vt patet ex notab. doctrina, quam ponit Sal. in d. l. fin. versic. quæro modo.* Sed tenendo opinionem Bar. in d. l. fin. vbi vult per istam l. fin. correctam esse d. l. donatio. Sequitur primo, quod tutores non possint petere Ioannis N. in Christo defuncti, & huiusmodi dona. causa mortis, quum fuerit nulla, ratione scilicet defectus solennitatis testium, quum non interuenerint quinque testes *d. l. fin.* & per consequens habetur pro non facta, cum nullum & inualidum parificetur. *l. quoties, cum similibus ff. qui satisda. cog.* Item & secundo tenendo opinionem Sali. adhuc illa donatio propter defectum solennitatis insinuationis apud acta fuisset à principio ipso iure nulla, in quantum excederet legitimam summam, & ita hodie 500. florenorum, *de qua in l. si quis argentum. C. de donat.* Item & tertio posito, quod huiusmodi causa mortis donatio fuisset à principio valida & insinuata, vel etiam facta coram quinque testibus, sicut tamen non fuit facta, tamen adhuc tutores non possent petere, &c. Cum faciens huiusmodi donationem causa mortis, similem vltimæ voluntati: cum quælibet donatio causa mortis sit similis vltimæ voluntati, *d. l. fin.* talem donationem causa mortis reuocasset, & eius pœnituisset in vita sua, per actum sequentem factam coràm supra nominato Iudice & Scabinis, &c. & etiam condendo coram eis vltimam voluntatem præcise contrariam, vt apparet, cum in hoc differat donatio causa mortis à donatione inter viuos, quod donatio causa mortis potest quandocunque per donantem reuocari *l. mortis causa donatio. l. Senatus. §. 1. cum simil. ff. de donatio. causa mortis.* & ideo si fiat donatio causa mortis, hoc modo, vt non possit reuocari, tunc non dicitur cau-
7 sa mortis *l. vbi ita donatur. ff. de donatio. causa mortis.* Et † clarum est posteriores vltimas voluntates, cuiusmodi est etiam donatio causa mortis. *d. l. fin.* prioribus derogare. l. Clari, vbi dicitur: Clari & aperti iuris est, in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores. C. de fideicommiss. & hoc procedit nedum in expressa posteriori voluntate, quod scilicet præualet primæ, sed etiam in tacita reuocatione *dict. l. 3. ad fin. ff. de adi. legat.* nec est necesse, quod in posteriori vltima voluntate fiat mentio de prima, nisi præcedens vltima voluntas haberet clausulam derogatoriam ad sequentes *l. si quis, in princi. test. cum ibi notat. ff. de legat. 3.* Sed in d. dispositione deß Vortrags / nulla ponitur clausula derogatoria. Ergo, &c. *Et quod dicta vltima voluntas facta coram prænominatis Iudice & Scabinis, &c. valuerit, & tenuerit, patet per text. ad literam, in l. omnium, ibi, Sicut igitur securus erit, qui actus cuiuscunque Iudicis, aut municipum, &c.*
8 *C. de testam.* Et † dicitur vltima voluntas seu testamentum factum coram Iudice, etiamsi fuerit coram eo lectum, & postea ad acta registrarum, *secundum gloss. ibi, in verb. Publicatum, approbatum:* nam & isto casu testamentum dicitur conditum coram Iudice, quo quidem casu non requiritur, quod alii testes interuenerint. Ita & expresse tenent Raph. Fulgo. & Paul. de Cast. in d. l. omnium. in 2. notab. per text. ibi, vbi dicit; Item nota in 1. parte, quod testamentum factum apud acta coram iudice ordinario, valet etiam sine testibus, sicut & alia pacta propter Iudicis præsentiam. *l. in donationibus, infra de donatio.* & dicit hoc probari, & bene per text. in l. sancimus, per quam Bald. & male tenuit contrarium. C. eod. tit. de testa. dum text. inquit ibi, Non minus tribus, vel inter acta manifestauerit, & sic loquendo alternatiue vult, quod acta habeant vim tot testiū, quot requiruntur. Refert & sequitur etiam D. Ias. in d. l. omnium, super gloss. in verb. Testibus, *(mihi, ad fin. pe. col.)* & inter alia etiam adducit pulchram rationem, nam ratio quare in testamentis requiratur & timor falsitatis euitandæ *l. fin. circa fin. C. de fideicommiss.* Sed iste timor videtur cessare, quando testamentum fit coram Principe, vel quando fit publice apud acta, coram Iudice propter interuentum multarum personarum: Subiungens, quod istam rationem videatur considerare, ibi, in prin. Sed quid opus est hic multis: cum constet per prædictam vltimam voluntatem, nedum de reuocatione huiusmodi donationis causa mortis, & ita de pœnitentia donantis, sed etiam per expressam reuocationem factam per donantem, prout continetur in Copia litera B. signata, & ideo sicuti legata & fideicōmissa possunt adimi, ita & donatio causa mortis, cum donatio causa mortis sit ei similis: ademptio autem legatorum siue eodem testamento adimantur, siue Codicillis firmata sit, siue contrariis verbis fiat emptio, veluti si quis ita quid legauerit, do, lego, ita adimatur, non do, non lego. Siue non contrariis, sed aliis quibuscunque verbis, *ita dicit tex. ad literam, in prin. Insti. de adempt. legat.* Imo sufficit etiam tacita reuocatio. *d. l. 3. in p.* Donatio enim causa mortis quando est facta, & ita in esse producta, censetur vltima voluntas, & regulatur secundum regulas vltimarum voluntatum, *secundum glo. notabilem & approbatam in l. 2. in prin. ff. de dote præleg.* Ex quibus omnibus iam videtur à sufficienti partium enumeratione inferri, intentionem prædictorum tutorum, &c. non esse fundatam.

THEMA CONSILII LXX.

De alienatione rerum immobilium Ecclesiæ, & quæ solennitates requirantur ad hoc, vt valeat perpetua, vel ad longum tempus facta alienatio rerum ad Ecclesiam pertinentium.

SVMMARIA.

1 *Bona immobilia Ecclesiarum, non possunt alienari, exceptis quatuor casibus.*

2 *Alienationis verbum quæ comprehendat.*

3 *Quæ solennitas de iure requiratur in alienationibus rerum ecclesiasticarum.*

4 *Vtrum in concessione rerum immobilium Ecclesiæ, ad vitam alicuius, prædictæ solennitates requirantur.*

CONSILIVM LXX.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter visis & ponderatis literis contractuum celebratorum inter Reuerendissimum Archiepiscopum N. & validos de N. super domo & Arce N. breuibus respondendum arbitror, vltimum contractum, continentem concessionem prædictæ Arcis ad annos 90. tanquam de re magna factum sine consensu Capi-

tuli, & aliis solennitatibus ad alienationem rerum Ecclesiasticarum requisitis, fore & esse inualidum. Nec consensum Capituli adhibitum ad primum contractum, ad modicum tempus, ab initio initum, sine nouo tractatu extendi posse ad secundum contractum, sed opus esse nouo consensu, seu ratificatione.

In præsenti consultatione non est superfluis insistendum, cum Respósiones supra datæ, apertissimi iuris sint.
1 Primo enim † constat, quod bona immobilia Ecclesiarum non possunt perpetuo alienari, nisi in quatuor casibus, ad quos alii omnes reuocari possunt: *quos casus ponit gloss. notab. quæ etiam ad hoc quotidie allegatur in summa*, 12. *q.* 2. Primus enim casus, in quo bona Ecclesiarum immobilia alienari possunt, est necessitas Ecclesiæ, quia ipsa est grauata debitis, & debita eam vrgent, & fructus nō sufficiunt ad debita Secundus casus est vtilitatis, nam admittitur alienatio rei Ecclesiæ causa vtilitatis. vers. loco eius habeat rem meliorem, & Ecclesiæ vtiliorem. c. vt supra. §. possessionem Ecclesiæ minus vtilem, pro vtilioribus potest Episcopus de consensu Capituli mutare vel alienare, de rebus eccles. alie. vel non. Nam dicitur ibi: Possessiones vero quæ Ecclesiæ tuæ minus sunt vtiles, pro aliis vtilioribus, de fratrū tuorum, & sanioris partis consilio & assensu alienandi vel commutandi, liberam concedimus facultatem, & ex litera tex. ibi alienandi, &c. infertur secundum Pan. quod si prælatus non reperit rem bonam, quod possit rem vendere, & precium in rem vtiliorem vertere. Non est igitur, secundum eum, necesse, vt quidam arbitrantur, vt fiat permutatio, sed dicere potest fieri venditio. Nam precium succedit loco rei, postea tamen debet conuerti in res vtiliores. *Et illi duo casus, necessitatis & vtilitatis, ponuntur in cap.* 1. *in fin. eodem titu. vlt. Et ponuntur de Iure ciuili in Authent. Hoc ius porrectum. C. de sacrosan. Eccles.*

Tertius casus est pietatis causa, pro redimendis captiuis. *c. aurum. c. sacrorum. c. sicut*, 12. *q.* 2. Et pro subueniendis pauperibus, & aliis piis causis. *c. possessiones* 16 *q.* 1.

Quartus, nimia incommoditas, vt quia res alienanda est potius damnosa Ecclesiæ, quam vtilis. *c. Terr.* 12. *q.* 2. Et sic est Regula; quod extra prædictos casus res immobiles Ecclesiarum alienari non possunt. Et si alienatio interuenerit, quod sit ipso iure nulla. c. nulli, vbi dicitur: Nulli liceat alienare rem immobilem Ecclesiæ, siue agrum, siue rusticum mancipium, neque specialis hypo-
2 thecæ titulo obligare. Et † quid veniat verbo alienationis, declarat ibi tex. dicens: Alienationis autem verbum cōtinet conductionem, donationem, venditionem, permutationem, & emphyteuticū contractum perpetuum, *& per tot. tit. de rebus eccles. alien. vel non. cap.* 1. *cum simil. de his quæ fiunt a prelat. Eccle. sine consensu Capituli.* Quod etiam procedit iure ciuili. *l. iubemus, nulli. § œconomum. Cod. de sacros. eccle.*
3 Item † ad hoc, vt valeat alienatio bonorum Ecclesiæ, etiam in prædictis casibus, & ita iti iure expresse requiritur, quod interuenerunt solennitates à iure requisitæ, *de quibus in c. sine exceptione*, 13. *quæstion* 2. Sed quod interueniens consensus Capituli, causæ cognitio, & quod præcesserit tractatus, alias alienatio ipso iure esset nulla, & non valeret. *dict. c.* 1. *de rebus eccle. alien. vel non. d. c. sine exceptione. Clem.* 1. *eod. tit. de rebus eccle. dict. Authen. hoc ius porrectum, & in corpore vnde sumitur.* Subscriptio tamen Clericorum, *de qua in d. c. sine exceptione. & in d. cap.* 1. *de his quæ fiunt à præla.* hodie non est necessaria, quia communiter non seruantur. Quia Canonici vel Monachi se non subscribunt. *Et ita expresse dicit Ioan. de Imo. in d. cap.* 1 *post princip. in versic. Item requiritur subscriptio, & dicit ad hoc facere nota. per gloss. & per dict. cap. Andre. in cap.* 1. *de rebus eccles. alien. vel non*, Item hodie non est necessaria solennitas, *quæ requiritur in d. Auth. Hoc ius porrectum, canonizata*, 10. *quæst.* 2. Hoc ius porrectum. *gloss. in d. cap. nulli. Et communiter sequuntur Doctores.* Et ad hoc vt valeat alienatio ab Episcopo vel ab Abbate facta, requiritur consensus Capituli expressus, præcedente tractatu, & causæ cognitione: ad illam autem causæ cognitionem necessarius est tractatus, *secundum Doctores in c.* 1. *& c. tua, de his quæ fiunt à prælatis. & d. c. nulli, & in d. c.* 1. *de rebus eccles. in* 6. Et hæc pro tanto procedunt, quod etiamsi in instrumento venditionis vel contractus dicatur alienationem esse factam ex necessitate vel vtilitate, tamen hoc non creditur, nisi aliter probetur, quia de necessitate vel vtilitate debet euidenter constare *per text. in d. c.* 1. Cum euidens necessitas, *& ita per illum textum expresse notant Domi. & Phil. Franc.* & sic sola verba enunciatiua, seu narratiua à contrahentibus prolata, non sufficerent, *secundum eos. Argum. glo. & ibi per Bal. l. si donatione. C. de collatio. & per Bar. in l. si forte. ff. de castr. pecul.* Et secundum Pet. de Ancho. etiam non sufficerent, nam affirmatiua, seu assertoria ipsorum contrahentium. *vt ibi in text.*

Et sic per prædicta claret, quod ad hoc, vt valeat de iure alienatio huiusmodi, requiritur, quod duæ copulatiuæ interueniant. Primo, quod solennitas prædicta in tali alienatione seruetur. Secundo, quod fiat in casu licito, alias quoque non teneret. Ita probatur per optimum text. in Clem. 1. eodem titu. dum inquit: Nisi necessitas aut vtilitas Monasterii, &c. iuncto vers. sequen. scilicet, Conuentus sui, & si quæstum non habeant, prælati proprii assensu ad hoc nihilominus accedente. *Et facit text. in d. c.* 1 *de rebus eccles. in* 6. *& ita tenet gloss. ordinaria, in c.* 1. *in gloss. in communi redire, ibi, cum notab. de restitu. in integrum.* Et probatur per text. in d. c. sine exceptione, vbi deciditur, quod prælatus debeat eligere id, quod est profuturum Ecclesiæ. *Et ita tenet post Calder. Panorm. in d. c. tuas, dicens, quod ita communiter teneant DD. & in d. c.* 1. *super gl. pen. alias super communi redire, de restitutionem integrum.* Licet gloss. in d. ca. sine exceptione, & gloss. in d. c. cum circa fin. *ibi, & gloss. in communi profuturum, in fin. ibi. Item si fiet alienatio*, velint, quod teneat alienatio bonorum Ecclesiæ, etiam in casu à iure non concesso, seruata solennitate à iure requisita. Et quod Ecclesia habeat remedium, scilicet restit. in integ. si fuerit læsa, tamen contrarium verius est, *vt patet per dict. Clem.* 1. *& alia iura supra adducta, & ita communiter tenetur.* Ibidem dicit, videlicet, quod communiter tenetur contrarium, contra præallegatam gloss. Ioan. de Imol. in d. c. tua, *in* 3. *column. post princip. versi. Item aduerte.* Et supradicta, videlicet quod alienatio facta ab Episcopo, sine consensu Capituli, & causæ cognitione, & non præcedenti tractatu, &c. sit nulla, nedum procedat, quando bona sunt communia inter Episcopum & Capitulum, vel inter Abbatem & monachos, vt supra ostensum est. Sed si bona sint disiuncta inter Episcopum & Capitulum, & tamen spectaret ad mensam Episcopi vel Prælati, tamen adhuc non teneret alienatio facta per Episcopum, sine consensu Capituli, & præcedenti tractatu, & causæ cognitione. *c. possessiones. & per nota. in Clem.* 2. *in com. mensa, de rebus eccle. non alienandis. Pulchre Philip. Franc. in d. cap.* 1. *in* 9. *column. versic. si vero bona sint diuisa, de rebus non alien. in* 6. Sic etiam econtra, quando bona sunt de mensa Capituli, non potest fieri etiam alienatio eorundem bonorum per Capitulum tantum, sed requiritur autoritas Episcopi, *secundum Ioan. Andr. in d. c.* 1. *Et ibi Philip. Franc. de rebus eccles. lib.* 6. *in* 9. *col. versic. si vero sint de mensa. & Ioan. de Imol. in d. c.* 1. *de his quæ fiunt à prælatis, &c.*

Præterea quod alienatio facta ab Archiepiscopo N. de prædicta domo vnd Ampt W. cum suis pertinentiis & attinen-

attinentiis prænominatis ab M. & eorum filiis masculis, vsque ad 99. annos sit de re magna siue maxima, & non de simplici possessione, vt apparet: sequitur, quod talis alienatio censeatur & dicatur perpetua, & quod in ea requirantur solennitates requisitæ in alienatione Ecclesiæ,
4 cum sit grauis Ecclesiæ. & est sine dubio. Nam † licet opiniones sint, an in concessione rei Ecclesiasticæ ad tempus vel ad vitam recipientis, vel concedentis facta, requiratur etiam expressus consensus Capituli, vel sufficiat tacitus, & ita scientia & taciturnitas Capituli, & illa controuersia oritur ex cap. 2. de his quæ fiunt à prælatis, &c. vbi est casus secundum communem intellectum, quod concessio rei Ecclesiasticæ facta per Prælatum ad vitam recipientis, teneat sine solennitate requisita in alienatione perpetua, vt apparet ex serie literæ in d. c. 2. nõ fuit requisitus tractatus, nec habitus cõsensus expressus, &c. sed sufficiat quod Conuentus erat præsens, & non contradicebat. Et sic videtur ibi fortis text. quod in alienatione temporali, vsque ad vitam recipientis, sufficiat tacitus consensus Capituli, qui scilicet inducitur ex scientia & taciturnitate Capituli, & ex Clem. 1. de reb. Eccles. non alienand. vbi est fortior & apertior text. quod etiam in cõcessione ad vitam alicuius, seu aliud tempus, etiam in casu licito, & à iure concesso, scilicet necessitatis vel vtilitatis facta, etiam in recepta pecunia, & temporali concessione, requiratur expressus consensus Capituli, & quamuis Canonistæ in d. c. 2. glo. & DD. in d. Clem. 1. laborantes super resolutione duorum prædictorum capitulorum, quia videntur multum aduersati, tamen in præsentiarum de hoc non est insistendum. Quia etiam tenentes quod in tali concessione rerum immobilium Ecclesiæ ad vitam recipientis, nõ requiratur consensus expressus Capituli, sed sufficiat tacitus, ex scientia & taciturnitate inductus, *vt tenet Ioan. Andr. & Archid. in d. cap. 1. de rebus eccle. non alie. in 6.* dicunt hoc non procedere, quando alienatio fieret de re magna, siue maxima Ecclesiæ, & sic quando temporalis huiusmodi concessio esse grauosa Ecclesiæ: sed quod tunc in ea requiritur eadem solennitas, & etiam expressus consensus Capituli, sicuti in perpetua. *Ita expresse decidit Ioan. Andr. in additionibus Spec. in tit de rebus Eccl. non alien. super rubr. in fi. Imo Hostien. Ioan. Andr. & Ant. de But. in d. c. 2.* & idem notanter tenet etiam Ioan. de Imo. in d. c. 2. *in 3. col. versic. item aduerte.* Et dicit quod illa decisio videatur habere æquitatem, quando scilicet concessio fieret ad vitam alicuius, vel ad longum tempus, quod est 10. anni. & plures, licet subiiciat: Sed vbi fieret ad paruum tempus, quia tunc videretur agi de modico præiudicio, videretur non habere locum dictum Ioan. Andr. addit tamen, dicens: Tene tamen menti dictum suum, quia simpliciter & indistincte loquitur, quando concessio fit de re magna. *Et illam decisionem tenet etiam Fran. in dict. cap. 2. in 7. col. versi. secundo limita.* Sed cum appareat, quod in præsentiarum alienatio, siue concessio facta à Domino Archiepiscopo N. fuerat facta non vni de M. sed Domino N. & fratri eiusdem, & non solum ad vitam eorum, sed etiam filio maiori C. & eiusdẽ filiis masculis, & in defectum eorum, fratribus & eorum filiis, & non ad longum tempus tantum, sed longissimum, 99. annorum, & ita excedens secundum communem cursum naturæ memoriam hominum, &, vt apparet, de re valde magna, scilicet domus vnd deß Ampts W. cum iuribus, attinentiis, & pertinentiis suis. Sequitur clare, quod in tali concessione requirebatur consensus expressus Capituli N. præcedẽte tractatu, & ita solennitas in tali perpetua alienatione requisita. Quanto magis hoc procedit, retento pro vero, sicut verum videtur, ꝗ alienatio facta ad vitam recipientis, censeatur perpetua, quo ad hoc, vt in ea interueniat solennitas à iure in alienatione per petitionem requisita. d. Clem. 1. vbi ad hoc, vt supra ostensum est, text. ad literam, quia d. Clem. 1. nedum habet locum in Clericis vel prælatis regularibus, sed etiam in secularib. Et DD. in d. c. fi. Ne prælat. vices suas indistincte tenent. Quare Phil. Fran. in d. c. 1. *in 8. col. vers. aduerte*, sed concludit per d. Clc. 1. intellectum illum, qui habet quod d. ca. 2. & iura permittentia alienationem ad vitam, esse meliorẽ, quod licet loquatur in Regularibus, tamen eius ratio procedit, quoad omnes. Panor. in d. c. 2. post Fridericum de Senis, in cons. 51. Quod scilicet ille tex. intelligatur in cõcessione rei modicæ, secus dicendũ sit in re magna. Quia tunc interuenire debent solennitates à iure requisitæ in alienatione perpetua. *Ita probatur in §. perpetua, 10. q. 2. iuncta gl. in prin. Et Auth perpetua. C. de sacrosanct. eccles. & est bonus text in l. 1. ibi, societas coiri potest, vel in perpetuum dum viuunt. ff. pro socio.*

Ex quibus omnibus liquido infertur, quod ad validitatem concessionis prædictæ 99. annorum, &c. requirebatur expressus consensus Capituli, & quod nõ esset sufficiens tacitus eius consensus. Et quod si à principio temporis, scilicet alienationis factæ 15. annos etiam expressus consensus interuenisset, quod tamen ille consensus non potuisset extendi ad illam futuram alienationẽ, de qua tunc non fuit cogitatum, & est sine dubio. Ideo necessarium erit valido de M. ad hoc vt illa concessio validetur & ratificetur, apud Capitulum laborare, vt cõsensus expressus Capituli obtineatur. Quam quidem ratificationem, præcedẽte scilicet tractatu, Capitulum de iure facere potest, vt patet per tex. expressum, in d. c. 2. in fi. & in c. seq. vbi dicitur: Certum est de rigore iuris, concessionem illam non tenere, quam reclamante Capitulo, per prædecessorem constat esse factam, nisi eam ratam postmodo habuisset, de his quæ fiunt à prælat. Et hoc procedit nedum in alienatione temporali, sed etiam perpetua, & ita fauore Ecclesiæ. Est enim ibi casus, quod claudicare potest contractus. *facit quod habetur in simili, in l. Iulianus. §. si quis. ff. de act. emp. Et ita in terminis determinant post Ioan. And. Ioan. de Imo. in d. c. 1. in 1. col. vers. An autem ipso iure. Pan. ad fin. 2. col. vers. sed quæro, & Pan. in d. c. 3. post prin.*

THEMA CONSILII LXXI.

Vtrum valeat Testamentum conditum coram Iudice, nullis testibus alias adhibitis.

SVMMARIA.

1 *Vtrum acta iudicialia requirant testes.*
2 *Paganus non potest ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere.*
3 *Institutus in re certa, nullo dato cohærede vniuersali, vel in quota, intelligitur institutus hæres vniuersalis, excluso legitimo hærede ab intestato.*
4 *Ex post facto potest quis decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus.*
5 *Ratio legis in testamento requirentis septem testes, est timor subornationis.*

CONSILIVM LXXI.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus qui proponitur talis est: Honesta Domina N. vxor prouidi & honesti viri V. B. in Christo pie defuncta, ante obitum suum vltimum suum condidit elogium seu testamentum, coram Domino Proconsule, Iudice, & Notario Scabinorum missis à Dominis

Scabinis N. ad ædes defunctæ. In quo instituit maritum suum hæredem in certis quibusdam portionibus. Quapropter prædictus eius maritus V. B. intendit retinere, vigore huiusmodi testamenti ab vxore defuncta conditi, integram eius hæreditatem. Soror autem defunctæ petit eandem ab intestato, prætendens huiusmodi testamentum solenni numero testium factum fore & esse inualidum & nullum. Vnde quæritur de duobus.

Primo, vtrum prædictum testamentum conditum coram Iudice apud acta Iudicii, vel personis à Iudice ad hoc ordinatis, nullis aliis testibus interuenientibus, sit de iure validum, nec ne.

Secundo, posito quod valeat, vtrum maritus defunctæ institutus in re certa, vigore particularis institutionis, possit retinere totam hæreditatem. Et respondetur ad primum, quod testamentum coram iudicio factum, etiam absq; aliis testibus, valeat, maxime suffragante consuetudine loci. Ad secundum autem respondetur, quod cum paganus, qui scilicet non est miles armatæ militiæ, non possit à principio regulariter pro parte testatus, & pro parte intestatus decedere, quod marito in certa parte instituto, tota hæreditas debeatur. Quemadmodum ex sequentibus latius declarabitur.

Quod prędicta videantur in puncto iuris vera: Et primo, quod dictum testamentum, licet in eo non interuenerint septem testes, ex quo do. Catharina, quondam vxor praedicti V. B. ipsum condidit & fecit coram domino Proconsule, Iudice & Notario Scabinorum missis à Scabinis L. ad hoc, & quod postea tenor eiusdem fuerit insertus libro publico dominorũ Scabinorum fuerit validum, patet per text. & ibi nota. in l. omnium. C. de test. vbi est tex. quod sicuti testamentum conditũ coram Principe, ita & si factum fuerit apud acta superioris & inferioris iudicis.
1 Et † licet dubitari possit, an in tali testamento condito coram principe vel iudice, ad hoc vt valeat, requiratur etiam, quod reliqui testes sint in eo descripti, prout disputat glo. in d. l. omnium, in verbo, Testibus, & videtur tandem tenere, quod requirantur testes, quamuis non aperiat quot, tamen Bartol. ibi vult, quod requirantur duo testes, quod etiam ibi sequitur pulchre Alex. de Imo. *in 2. colum. ad fin. versic. verum autem requirantur duo testes.* Nam dicit ipse ibi hunc pendere ab illo dubio articulo; An scilicet acta iudicii requirant testes, de quo variant DD. in l. in donationibus, C. de donationibus. *gloss. in Auth. de hered. & fal. in §. fin vero absint, in verbo, Quantum ad hoc, colum. 1. gloss. 1. & DD. in c. Quoniam contra falsam, de probatio.* & concludit Alexand. ibi, posito, quod Acta iudicii non requirant testes, per d. l. in donationibus, quam Bar. ibi hoc modo summat. In Actibus iudicialibus non sunt necessarii testes. Et subiungit Bart. ibi, Tene menti istam legem, quod illud videatur verum esse in his, quæ de sui natura sunt explicanda in iudicio, & quod ita loquatur d. l. In donationibus, & sic videatur, secundum quod si fiat in iudicio apud Acta testamẽtum, vel alius actus, qui de sui natura non est explicandus apud acta iudicii, remaneamus in Regula, quæ habet; Quod Actus Notarii debent habere testes, *vt in § oportet autem, in Auth. de testibus. colla. 7.* & hoc secundum eum vult Bald. in l. sancimus. C. de testa. & dicit hoc saltem debere habere locum in testamentis, in quibus iura maiorum voluerint adhiberi solennitatẽ, quam in aliis, propter magnitudinem præiudicii: Tamen veritas est, quod isto casu nulli requirantur testes. *Ita aperte probatur per d. l. omnium.* Nam text. ibi æquiparat paria esse, vel quod testamentum fiat apud Acta, vel quod fiat coram auribus priuatarum personarum, & sic coram septem testibus. Ergo in præcedenti casu non requiruntur testes, & ita quod isto casu, quando scilicet testamentum fit coram iudice, nulli testes requirantur, decidit Fulgo. & Paul. de Castr. in d. l. omnium, per tex. ibi, in 2. notab. Dicit enim ibi text. Sicut igitur securus erit, qui actus cuiuscunq; iudicis aut municipum, aut auribus priuatorum, mentis suæ postremum publicauit iudicium, &c. ex quo tex. Paul. de Castr. ibi in 2. notab. dicit: Item nota in secunda parte, quod testamentum factum apud acta coram iudice ordinario, valet etiam sine testibus, sicuti & alia Acta propter præsentiam iudicis: & licet quidam fateantur contrarium, dicentes, perfectum numerum testium requiri, per l. 2. loquatur de testamẽto facto extra præsentiam iudicis, quod postea coram iudice petit publicari. Nam tunc fatetur, quod requiratur sufficiens numerus testium, qui deponant de ipso, alias Iudex non publicabit: hic autem de facto coram Iudice. Et licet Bald. teneat, quod etiam isto casu requirantur tres testes in testamento facto, vel condito coram iudice, *per dict. l. omnium, in 2. notab.* probat contrarium, dum dicit: Non minus tribus, vel inter Acta manifestauerit, & sic loquendo alternatiue vult, quod Acta iudicii habeant vim tot testium, quot requirantur. Item per prædicta post Paul. de Cast. & Fulgo. tenet etiam notat d. nota. in d. l. omnium, in 5. col. super d. gloss. in verbo, Testibus, dicens, per d. l. omnium, & d. l. sancimus, probari, quod valeat testamentum conditum apud Acta, & per consequens coram iudice, quamuis in eo non sint descripti alii testes, & videtur esse ipsa veritas, *vt claret ex dictis legibus, vt ibi latius per eum.* Et hoc videretur sine dubio, si secundum consuetudinem vrbis L. illud testamentum à Domina Testatrice coram Proconsule, Iudice, & Notario causarum fuerit conditum, & postea libro Scabinorum, ex mandato & iussu eorundem, insertum.

Item & secunda pars Responsionis est clara, † cum ex- 2
pressi iuris sit, quod paganus, qui scilicet non est miles armatæ militiæ, non possit à principio regulariter decedere pro parte intestatus, &c. l. ius nostrum, vbi dicitur: ius nostrum non patitur eundem in paganis & testato, & intestato decessisse, earumque rerum inter se naturaliter pugna, & est testatus, & intestatus, quis sit. ff. de reg. iur. §. hæreditas, in versi. neque, vbi dicit tex. Neq; enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus, decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testamẽto spectatur. Inst. de hæred. instit. Et hoc est solum speciale in milite, quod possit decedere ex parte testatus, & pro parte intestatus, & requiritur, quod sit miles armatæ militiæ, vt patet per iura de militibus loquentia, *vt l. si miles vnum, & similia ff. de mil. testa.* & propter hanc Regulam, quæ habet, quod quis non possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, &c. fuit introductum ius accrescendi. *secundum Bartol. l. vnica. §. si ita, versi. tertio habes C. de cad. tollen.* & illam rationem assignat glo. fi. in fi. in l. seruus communis ab extero. ff. de acq. hæred. *licet Bartol. in d. §. hn ita, eum non intelligat.* Et ideo per istam rationem decidit text. in d. §. hæreditas. *in versic. non autem, cum sequent.* quod non oportet semper duodecim vncias esse, nam tot vnciæ assem efficiunt, quot testator voluerit, & quod si testator vnum tantum ex semisse hæredem scripserit, quod totus as in semisse erit: & subdit rationem. Neq; enim ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, & sic est ibi text. ad literam, quod si in testamento suo solum vnum hæredem in semisse, vel in triente, &c. instituerit, quod totum accesserit ei propter prædictam regulam: *quam rationem etiam ponit gloss. in l. si duob. in gloss. in fin. ff. de milit. testam.* Et ideo † si quis etiam instituerit vnum hæredem 3

solom

solum in re certa, nullo dato cohærede vniuersali, vel in quota intelligitur institutus hæres vniuersalis, excluso legitimo hærede ab intestato. l. 1. §. Si ex fundo, vbi inquit text. Si ex fundo fuisset aliquis hæres solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. ff. de hæred. instituend. *& probatur in l. Quoties, cum ibi nota. C. eodem tit. de hæred. instit. l. Si quis priore, ibi, ac si rerum mentio facta non esset ff. ad Trebell.* Et hoc nedum procedit in primo gradu, sed etiam in secundo gradu, in substitutione scilicet, vt si quis instituerit hæredem vniuersalem in primo gradu, & substituerit ei, si hæres non erit substitutus in re certa, tantum nullo substituto vniuersali, vel in quota dato, venit tamen detracta mentione Rei, & substitutus vniuersalis. text. est secundum vnam Lecturam, in Cohæred. §. fin. & ibi valde nota. Bald. in tertio nota. vbi dicit: Tertio nota, in ver. Nam sicut institutio in fundo, vel in quantitate certa nō dato cohærede, traditur ad vniuersalem hęreditatem, ita directa substitutio, quod est notatu dignum. ff. de vulg. & pupill. & ratione prædicta, ne quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, decidunt Bartol. Salic. & Modest. *in d. l. Quotiens Bart. Bald. Ang. & Imol. in l. & facto. ff. de hæred. insti. cum concord. adduct. per D. Iaf. in d. l. Quotiens. in 5 colu. versi. Item in quantum*, quod instituto in re certa competat ius accrescendi, si ei fuerit datus cohæres vniuersalis, qui repudiauerit hæreditatem, *per d. §. Si ex fundo, & in l. Quotiens. §. Si duo ff. de hæred. insti.* Nec obstat text. in l. Circa, vbi
4 quis † potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus. ff. de inoffi. testam. Quia hoc verum est ex postfacto, nam ibi loquitur, quod post aditam hæreditatem testamentum fuerit ruptum per sententiam iudicis, mediante querela inofficiosi testamenti, pro parte, & pro parte non, ideo ex postfacto testamentum tunc pro parte valet, & pro parte non, *vt declarat ibi Bart. & Legist.* à principio autem non potest quis decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, *vt dicta iura, scilicet lex ius nostrum, & §. Non autem, in verbo, Decederet, expresse innuunt. &c.* Nec in præsentiarum Dominæ Testatricis posset rumpere prædictum testamentum, nec pro parte, nec in totum, ex quo ipsa testatrix non instituit turpem personam hæredem, quo casu fratri vel sorori exhæredato, vel præterito, competit querela inofficiosi testamenti. *l. Fratres, & l. Fratres, & ibi Legist. a. C. de inoffi. testam.*

Posset etiam secundum probabilem opinionem quorundam Doctorum solennium probabiliter responderi ad propositam quæstionem, quod huiusmodi testamentum coram iudice factum sine descriptione aliquorum testium, sit nullum. Et illam opinionem, quod etiam testamentum factum coram iudice, vel apud Acta iudicii, &c. si in eo nulli penitus reperiantur descripti testes, sit nullum, & ipso iure non valeat, tenet fi. gl. in d. l. Omniū, in verbo, Testib. quod scilicet duo testes requirantur, & autoritas glo. est maxima, *& idem tenet ibi Bart. in prin. & Alex. de Imo. & etiam Bald. vt supra adductum est*, & Angel. Peru. tenet etiam, quod requirantur septem testes, & Salicetus vult, quod saltem debeant interuenire tres testes, *per d. l. Sancimus*, & sic illa opinio contra Fulg. Pau. de Cast. & D. Ias. videtur communior, & est fulcita maximis autoritatibus, glo. scilicet Bart. lucernæ iuris ciuilis. Bald. Ang. & Salic. Et sic in hoc omnes prædicti dd. conueniunt, quod requirantur etiam testes in tali testamento saltem duo, licet re vera non probetur, *per d. l. Sancimus, vt supra ostensum est, post Pau. de Cast.* Tamen pro illa magis communi opinione, quæ in consulendo & iudicandu, *vt patet per vulgaria*, sequenda sit, bene videtur facere secundum D. Ias. in et in d. l. Omnium, in vlt. colu. Nam opinio Fulg. habet rationem pro se, quia quādo Actus fit apud Acta, semper præsumitur adesse multitudo personarum. *d. l. in donationibus, glo. in l. fin. C. de reiud.* Item & alia ratio. Nam ratio legis requirentis in testamento septem testes, & timor falsitatis euitandæ. *l. fin. C. de fideicommiss.* Sed † iste timor videtur ces- 5
sare, quando testamentum fit publice apud Acta, propter interuentum multarum personarum: quam quidē rationem videtur considerare tex. in d. l. Omnium, in pr. Nam subiungit D. Ias. quod contra prædicta faciat, quia illud, quod dicitur, quando Actus geritur apud Acta iudicis, vel in præsentia Iudicis, quod ibi non requirantur testes, eo quia præsumitur adesse copia personarum, iuribus prælllegatis, procederet, quando in tali Actu sufficerent quicunque testes etiam fortuiti, prout regulariter sufficiunt. Sed cum in testamento requiratur pro forma, & solennitate, quod testes sint rogati. C. de test. & sic non sufficiunt quicunque testes etiam fortuiti. Ergo videtur, quod prædicta procedere nō possunt, nec dicatur, quod testes præsumantur rogati, quia illud falsum est, &c. Et propter hoc, vt inquit Iaso. solus Alb. de Rosa. ibi reprehendit prædicta, & subiungit: Et prima fronte argumentum est satis coloratum. Et quamuis dicant respōdendo, quod quando testamentum fit in præsentia principis, vel coram actis, &c. non requirantur testes, vt dixi. Ergo non requiritur, quod sint rogati. Tamen ista responsio forsan posset tolli, dicendo, quod prædicta opinio Fulg. & Pau. de Cast. non probetur per d. l. Sancimus, in alia alternatiua, vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter Acta manifestauerit, & decennium fuerit elapsum, quia in illa alternatiua non loquitur de conditione testamenti, sed quando præcedens testamentum tollatur per contrariam voluntatem testatoris, qui tamen non crediderit secundum test. perfectum, quo casu loquitur principium d. l. Sancimus. Nam dicit ibi text. ad literam in tertia parte: Si autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis vtendo contrariam apparuerit voluntatem, & hoc vel per testes idoneos, &c. & ista videtur bona responsio, quod per d. l. Nulla, probetur opinio Fulg. præsertim, cum contraria voluntas testatoris non probetur etiam per Acta, nisi transiuent decennium. Nec tex. in d. l. Omnium, videtur isti communi opinioni obstare, quam etiam tenet Alb. de Rosa ponderando eum in fine, secundum voluntatem defuncti, idoneos testes, &c. *iuncta d. gl. in verbo, Testibus, in fi.* tamen in hoc multum esset attendenda consuetudo, & communis obseruantia vrbis N. &c.

THEMA CONSILII LXXII.

Quod Princeps ex pacto seu conuentione inita cum ciuitate sibi subiecta, obligetur, & ad obseruantiam contractus contra ipsum agi possit.

SVMMARIA.

1 *Nihil magis congruit humanæ fidei, quam pacta seruare.*
2 *In fidei obseruantia quasi tota societas humana consistit.*
3 *Contractus ab initio voluntatis sunt, sed ex postfacto necessitatis.*
4 *In transactione non est locus pœnitentiæ.*
5 *Compromissum in arbitrum vel arbitratorem censetur quædam transactio.*
6 *Arbitri electi ex iuris necessitate, vel statutorum, per omnia sunt loco iudicum.*
7 *Contractus initus cum ciuitate, vel alio, qui habet potestatem condendæ legis, habet vim legis.*

8 *Princeps ex contractibus cum subditis initis obligatur non tantũ naturaliter, vt quidam ex dd. volunt, sed etiam ciuiliter, secundum opin. Bald. & Ang.*

9 *Verbum promisit, positum in scriptura, intelligitur per stipulationem.*

CONSILIVM LXXII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Illustris princeps N. cum ciuitate N. sibi subdita, fecit conuentionem, vel obligauit se per literas erga præfatam ciuitatem, ad obseruantiam veterum pactorum paternorum, quod scilicet in casu quo aliquæ discordiæ inter ipsum & ciuitatem orirentur, de huiusmodi controuersiis, & discordiis inter eos ortis & emersis, vellet cum illis in certos arbitratores, vel arbitros compromittere. Iam cum incidant huiusmodi causæ, in quibus ciuitas cum præfato principe dissentiat, & offerat, vigore pactorum ad compromittendum, princeps renuit compromissum. Quæritur vtrum sit ad obseruantiam pactorum obligatus, ita quod ciuitas nolentem iure ad compromittendum possit cogere. Et respondetur quod sic, vt ex sequentibus patebit, &c.

Præclara & euidenti elucidatione, quod in præsentis facti contingentia, & quæstione ex ea formata, Responsiones super ea datæ, sint veræ, iuri & æquitati conformes, breuiter præmittuntur sequentia fundamenta. Et
1 primo † illud vulgare, quod nihil magis congruat humanæ fidei, quam ea, quæ semel placuerunt custodire, & inter eos seruare *l. 1. in prin. ff. de pact. l. 1. in princ. C. de constit. pecun.* & illa non est hyperbolica locutio, vt dicit ibi glo. secunda, cum Deum magis colere congruit, quia, vt pulchre ibi inquit Paul. de Cast. *super d. glo. in d. l. 1. in princip. ff. de pactis*, quod scilicet text. ibi loquatur de his, quæ homines agunt inter se, & in illis obseruatio fidei præponenda omnibus aliis, gloss. vero loquitur de religione, quam homo debet habere ad Deum, & in illa fatendum est, quod præponatur omnibus aliis, per rationem gl. Et ante Paul. de Cast. hoc ibi expresse ait Angel. licet Paul. ipsum non alleget, quod non sit verum, quod ibi glo. dicit, quod tex. loquatur hyperbolice, sed quod Legislator loquatur de fide, quam debet homo homini, & ipsam seruari inter homines vltra omne aliud congruit, non autem loquatur de fide, quam homo debet Deo, quæ religio appellatur non iustitia. Nam in ista non dubium est, quod est feruentior, & potentior, *vt l. Sancimus, in fine. C. de sacrosanct. Eccles.* Et dicit Ang. ibi, in prin. per illum text. scilicet, congruum est humanæ fidei, quam debet homo homini,
2 quod † scilicet in hoc quasi tota societas humana consistat, id est, in fidei obseruantia, & subiungit: quod non obseruantes appellantur proditores, *& remittit se ad dicta per eum, in l. 1. §. Non fuit, adde scilicet in fine d. § ff. de dolo.* & Bald. in d. l. 1. *in prin. vers. in tex. ibi seruari*, refert Aristo. ad Alexandrum dixisse: O Alexander, obserua fidem datam, & fœdera confirmata, alias malus finis sequetur: & ait, quod Arist. ita ponit in lib. qui dicitur, Secreta secretorum. Quod etiam refert Dominus Ias. ibi, in 1. notab. verum esse.

3 Secundo præmitto, † quod licet contractus, & conuentiones primum, siue ab initio regulariter sunt voluntatis, tamen ex postfacto sunt necessitatis. l. Sicut, vbi dicitur: Sicut ab initio libera potestas vnicuiq; est habendi, vel non habendi cõtractus, ita renunciare semel constitutæ obligationi, aduersario non consentiente minime potest. Quapropter intelligere debetis, voluntariæ obligationi semel vos nexos, ab hac non cõsentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere. C. de actio. & obligatio. *l. in commodato. §. Sicut. ff. Commoda. l. de contrac. in, coniunct. l. Ratas. C. de rescin. vend. cum concord. adduct. in gloss. 2. in verbo, Minime posse. in dict. l. Sicut.* Et quamuis præallegatæ leges loquantur in contractibus nominatis, vt apparet, tamen idem est in transactione *leg. Fratris, & l. Quamuis. C. de transactioni.* Quamuis transactio sit contractus innominatus *l. Cum proponas l. 2. Cod. de pactis d. l. 1. & ibi Bart. ff. de pactis. & l. 1. & ibi Bart. ff. de Iniur.* &
in contractib. innominatis sit locus pœnitentiæ *l. Si pecuniam, in princip. ff. de cond. ob causam*, & † illud videlicet, quod 4
licet transactio sit contractus innominatus, & res sit integra, quod tamen non sit amplius locus pœnitentiæ, & hoc ne lis semel extincta, amplius instauretur, procedit, nedum in transactione, quæ tendit ad liberandum, sed etiam quæ tendit ad obligandum. *l. Si super possessione. Cod. eodem titul. de transact. quam legem ad hoc expresse allegat D. Ias. in dict. leg. Quamuis, in princip.* & hoc expresse sentit etiam Bartol. in dict. leg. Quamuis, vbi vult d. leg. Quamuis, non habere locum in alio contractu liberatorio, quia in eo sit locus pœnitentiæ, *per l. Si quis acceptotulerit. Digest. de cond. ob causam.* Et ita, quod non sit speciale in transactione, quod in ea non sit locus pœnitentiæ, fauore scilicet liberationis, sed odio litium. *Et sequitur ibi notan. Paul. de Castr.*

Item tertio † expeditum est, quod compromissi in arbitratorem, vel arbitrum censentur quædam transactiones, *glo. est notab. in Authentic. vt differen. vide in princ. column. 9. Bartol. & Doct. in Authen. si vero contigerit. Cod. de iudic.* Item licet vera, & magis communis conclusio sit, quod partes, siue litigantes, non possint regulariter compelli, siue cogi ad componendum, vel transigendum, vel ad compromittendum, *secundum gloss. & ibi Bart. in l. Fur. 2. §. Qui iussu. in glo. 1. circa medium ibi, quia nec ordinarius, & ibi Bartol. & Bald. ff. de his qui notan. infam. & probatur in l. 1. § Et post operis, iuncta glo. in verbo, Committunt ff. de noui ope. nunciat. Alex. and. de Imo. in d. §. Et post operis, in fin. 2. column. vers. Secundo nota quod Iudex. cum princ. seque. cum multis concordan. ibi per eum adductis.* † tamen 6
partes, siue litigantes virtute statuti loci disponentis, quod super lite compromittatur, in certas personas cogi possunt ad compromittendum, & huiusmodi arbitri electi ex forma statuti de necessitate, magis habent vira Iudicum delegatorum, quam arbitrorum, *secundum Barto. in l. Cum specialis. Cod. de iudic.* Imo isto casu arbitri electi ex forma statuti, siue legis de necessitate, sunt loco Iudicum ordinariorum. *Ita post hoc decidit Bald. in l. Si Iudex, in 1. Lectu. ad fin. ff. de his qui sunt sui, vel alien. iuris.* Salice. in d. l. Cum specialis, in l. Apertissimi, in vlt. notab. per text. ibi dicit: Nota, quod arbitri electi de iuris necessitate, per omnia funguntur loco Iudicum, in quorum locum successerunt: subiiciens, hoc esse valde notandum ad statuta disponentia, quod causæ inter consanguineos debent compromitti. Nam tales arbitri non tenent locum arbitrorum, sed Iudicum, &c. *Idem tenet Paul. de Castr. ibi, per illum text. in 2. colum. vers. Item nota circa finem, & citat ad hoc d. l. Cum specialis. Cod. de Iudiciis*, & non est dubium, quod tales arbitri sunt loco Iudicum, *vt cap. Ab arbitris, de offi. deleg. in 6. dict. leg. Cum specialis. & ibi Legist.* sunt enim arbitri iuris non compromissarii, dicitur iustus. Et ratio est in promptu, quia quando arbitri eliguntur ex forma & necessitate statuti, non solum adest consensus priuatorum, sed etiam statutum tribuit iurisdictionem, & sic non habent simplicem notionem, vt arbitri compromissarii. *vt l. Aut prætor. ff. de re iudi.* Sed iurisdictio eis scilicet à lege vel statuto tribuitur.

Item quarto præmittitur, † quod contractus initi cum 7
ciuitate, vel alio, qui habet potestatem condendæ legis, habens

habent vim legis. *per Bart. in l. Ciuitas, post princip. versi. Et per hoc dico. ff. Si cert. petatur.* Item Bartn. valde notan. in l. Si vnus. §. Pactus ne peteret, *in princip. penult. colum. versic. Iuxta hoc tamen quaero, ibi, mihi videtur sic distinguendum.* ff. de pact. & allegat ad hoc optimum teat. in l. penult. vbi text. inquit circa finem: vtpote contractibus Imperialibus vim legis obtinentibus. C. de donat. in. vir. & vaor. Per quem teat. Bartol. in fin. norat, quod scilicet contractus celebratus ab eo, qui habet potestatem condendi legem, habet vim legis. Et ibi in princip. infert: Et ea hoc dico, quod si ciuitas ista facit aliqua pacta cum aliquo publicano, vel alio, vel cum alia ciuitate, quod Iudex illius ciuitatis debet illa pacta seruate, sicut statuta communitatis. *alleg. etiam l. Cæsar. & ibi Bartol. in fin. ff. de publica. pulchre Dominus Ias. in dict. leg.* Ciuitas, *in 3. columm. versicul. Tertio principaliter adde,* & Bal. in titul. de pace constan. in §. Si quis vero, in princip. per teat. ibi dicit esse Angel. Quod omnes contractos qui fiunt cum principe, habeant naturam contractuum bonæ fidei, Refert & sequitur pro singul. Dominus Iaso. in dict. leg. Ciuitas, *in quarta column. versic. Item attende*, dicens, quod non legerit ab alio tactum.

8 Item quinto præmittitur, † quod etiam summus princeps, alias legibus solutus, vt est Papa, vel Imperator. *l. Princeps ff. de legibus. cap. Propositum. de concess. prabend.* tenetur ad obseruationem pactorum, conuentionum, & aliorum contractuum, etiam initorum cum suis subditis, non minus quam quilibet alius priuatus, & ita quod ex tali contractu efficaciter obligetur, ita probatur per text. ad liter. in c. 1. quem text. ibi ad hoc expresse notant Anthon. de Butr. Panorm. & Ioan. de Imo. de probationibus, inquit enim Panor. Nota primo pro singu. ex isto textu. principem obligari talem naturaliter ea contractu inito cum subdito, adeo etiam, quod successor tenetur ad illius obseruantiam, si contractus fuit initus nomine dignitatis, &c. Et dicit ibi Ioan. de Imo. in 3. nota. quod licet ex tali contractu principis, seu Imperatoris, cum subiecto oriatur solum obligatio naturalis, & ciuiliter non videatur obligari, cum ciuilis obligatio descendat ea legibus, quibus ipse est solutus *l. Digna vox. Cod. de legibus*, quod tamen illa obligatio habeat effectum exactionis, cum naturalis obligatio sumat originem à iure naturali *l. Stichum. §. Naturalis. ff. de solutionibus. l. Cum amplius. §. Is, nam debetur, de Regulis iuris.* Ios autem naturale non potest tolli. *§. Sed naturalia, Instit. de iure natur. & gent. vel ciuil. Innoc. & Canonist. in c. Quæ in Ecclesiarum. de constit.* idem videlicet, quod princeps siue Imperator teneatur seruare pacta indistincte, siue cum priuato, siue cum ciuitate inita, tenent Cyn. & communiter dd. *in d. l. Digna vox & in d. l. penult.* per teat. ibi Bald. in l. Ex imperfecto, in fine. C. de testamen. dicit quod princeps vtatur iure communi, quoad æquitatem, & æqualitatem, quæ in contractibus seruatur, & quod princeps obligetur de iure gentium, *per d. l.* Et nota. per Cyn. in d. l. Digna voa, ibi post Guido. de Susar. *in 2. colum. versi. Vltimo iuendum*, decidit, quod etiamsi Imperator ineat aliqua pacta cum aliqua ciuitate vel Barone, quod tam ipse quam successor eius teneatur ea obseruare, *& obligatur l. 1. ff. de pact. & d. l. 1. ff. de constit. pecun.* & quod contractus principis sit lex, refert & sequitur ibi Paul. de Castr. *in 1. colum. versic. vlt.* per istam legem adducens alia, & tandem dicit, hoc esse notandum pro terris subditis Ecclesiæ Rom. vt est Bononia, quod si Papa faciendo pacem cum ea faciat aliquas promissiones, tenetur ipse, & eius successores eas obseruare, nec possit eas rumpere de plenitudine potestatis. Et Bald. in d. c in 1. notab. dicit, ibi probari, quod pacta inita inter Impetatorem Fridericum, & ciuitates Lombardiæ, quæ continentur in pace constantiæ, seruanda sunt per Imperatores, qui in Imperio successerunt, nisi facta essent contra statum Imperii. Quare text. in Epistola inter claras, de summa trinitate dicit: Nihil esse quod lumine clariore præfulgeat, quam recta fides, & obseruantia in principe: naturales enim constitutiones etiam ligant principem, hoc est, Imperatorem: cum potentius sit ius naturale, quam principatus, *secundum Bald. in c. 1. in fin. in tit. Qui feu. dare poss.* pro his bene facit teat. in c. Iustius est principem legibus obtemperare suis, tunc enim iura sua ab omnibus custodienda existimet, quando & ipse illis reuerentiam præbet. *9. distinct.* Nec prædictis obstat, si diceretur principem non posse efficaciter obligari ex contractu suo, siue promissione, &c. cum sit solutus legibus, *d. l. Princeps.* Nam licet princeps non obligetur lege Positiua, tamen à dictamine rationis non est sulutus, quia animal rationale, nulla enim autoritas, neque principis, neque Senatus potest facere, quod princeps non sit animal rationale mortale, nec eum absoluere à lege naturæ, & à dictamine rectæ rationis, vel legis æternæ, *vt l. 2. ff. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consum. secundum Bal. & sunt eius verba formalia, in l. 2. in 6. colum. versi. Item nota, quod si Papa, & hoc facit ad propositum nostrum. Cod. de seruit. & a qua.* & idem tenet Bald. in d. l. Princeps, in fine, in princip. Lectu. ait, quod Illustriss. princeps non obligaretur ei. Ex regula correlatiuorum, & si sic esset, principi interdictum esset commercium, & esset tanquam eaol, qui est omnium præsul. Nec obstat, si obiiceretur, quod cum bonum sit argumentum in iure arguendo à lege, vel à statuto ad contractus, *secundum gloss. reputa notabil. in l. Non impossibile. ff. de pactis, gloss. sing. in l. Dominum prædiorum Cod. de agric. & cens. lib. 11. & quod vult gloss. Rubr. de decretis, lib.* 10. Ergo videtur, sicut princeps non ligetur legibus, ita nec pactis, vel contractibus. *Nam Responsio claret ex dictis Bald. in dict. leg. . de constitut. princip.* Nam longe alia, & diuersa causa est in contractu, quam in lege, quia princeps facit contractum, vt quilibet alius priuatus, cum omnibus facultas contrahendi sit communis. Et ideo princeps ipse contrahendo cum aliis obligatur, sicut quilibet alius priuatus, legem vero facit tanquam princeps, cui soli hoc competit *l. fin. C. de legibus*, & ideo non obligatur, quia gerit se pro principe, qui legibus solutus est *d. l. Princeps*, quare non obstat Argum. de lege ad contractum, quia vbi diuersa ratio habetur, istud argumentum non procedit, *vt nota. in d. l. Non impossibile.* Item argumentum, quod solet fieri de lege ad contractum, respicit potentiam, quia quod per legem fieri non potest, nec per pactum poterit. Sed in terminis nostris non potestas, sed voluntas principis consideratur, quæ est velle obligari ex contractu, licet legibus solutus sit, *& ita post Aret. pulchre declarat Philip. Dec. in d. l. 1. in 2. col. vers. Tertio, & postremo.*

Sed si iterum obiiceretur, quod cum princeps ex contractu suo solum obligaretur naturaliter & non ciuiliter, sequeretur inæqualitas in contractibus, nam contrahens obligaretur principi naturaliter, & ciuiliter, & princeps ei tantum naturaliter. Sed in contractibus debet esse æqualitas, quia Bald. etiamando istud contrarium, tenet contra communem, vt scilicet æqualitas seruetur inter contrahentes, quod etiam princeps contrahendo obligetur naturaliter & ciuiliter. Quam opinionem Bal. tenet etiam Aret. per tea. in l. 1. in fi. cum seq. de off. procur. Cæsar. vbi princeps adeundo hæreditatem obligatur, & talis obligatio ex quasi contractu tota dicitur de iure ciuili, *vt per Bart. in l. Ex iure. ff. de iust. & iur.* Ergo obligari videtur ciuiliter. Item per text. in l. Bene à Zenone. C. de quad. præscript. vbi actio datur contra principem

Ergo

Ergo obligatur ciuiliter, quia naturalis sola actiooem nõ producit. Instit. de obligat. in priocip. vbi dicitur: quod obligatio sit iuris vioculum, quo necessitate astringimur alicuius soluendæ rei, secundum nostræ ciuitatis iura, & d. l. Bene à Zenone, ante Aret. ad hoc citans Bald. qui nihil in iure ignorauit, *in prælud. feud. in 8. col. versi. Expedita definitione feudi, & hanc opinionem tenent Felin. & moderni, in d. c. 1.* & ita patet, quod tenendo hanc partem, cõtra opinionem Anthon. de Butr. Paoorm. & aliorum, illis noo obstat, imo etiam tenendo communem opinionem Antho. de But. scilicet, & sequacium, videlicet, quod princeps, vt Imperator (omnes alii) vt Duces, Marchiones, &c. sicut inferiores à principe ex suo contractu inito cum subditis, solum obligare otur naturaliter, & non ciuiliter, adhuc non obstaret. Sed prædictis omnibus posset responderi, quibus etiam respondet Philip. Deci. in d. c. 1. *in 3. volum. versi. Sed tamen tenendo communem opinionem.* Et primo respondet ad fundamentum Bald. diceos: Quod in effectu nulla erit inæqualitas, cõ probabiliter dici possit, quod sola obligatio naturalis in principe habeat effectum, & executionem producat, ex quo non potest aliter obligari. Ita dicit nota. probat per text. in d. c. 1. de probatio. & ita sentit per eum Anthoo. de Butr. in d. c. Quæ in Ecclesiarum, & subiungit hoc etiam suaderi, oe quis indebite damnum patiatur. Naturalis enim sola ex nudo pacto effectum producit *vt notat Bald. in l. Elegante. §. Seruus pactionis, per illum text. ff. de dol.* quod latius surgat, quia licet ex pacto nudo, cum ex eo solum oritur obligatio naturalis, non detur Actio. *l. Iura gentium §. Quia modo. ff. de pactu.* tamen limitatur d. lex, quod tamen coosuletur parti per actionem doli, vbi ei aliquid ex parte obest, quam limita. ponit Alexand. de Imol. in add. ad Bart. in d. §. Seruus pactionis. Item respooder ad d. l. 1. in fin. ff. de offi. procura. Cæsar. & ad d. l. Bene à Zenone, multipliciter, quas solutiones hic ponere, esset plus quam superfluum: cum secundum vtranque opiniooem, princeps efficaciter obligetur ex cootractu suo, vt patet ex supra adductis. Et licet opinionem Bald. in d. l. Princeps, Aretin. & Moder. defendant, per d. l. 1. io fin. per quam mouetur Aretin. principaliter, cum ex ea pateat, quod non sit incoogruum principi, vt etiam ciuiliter obligetur ex soo contractu, cum tunc censeatur vt alius priuatus: & hoc videtur cõfirmari ex eo, quod dicit Paul. de Castr. in repe. l. Ex hoc iur. in fine, licet Phi. adducat pro opinione Aothon. scilicet, qood in contractibus iuris geotium insiti noo solũ naturalis obligatio, sed ciuilis, per modum substao. & quod in contractu iuris ciuilis sit etiam naturalis obligatio. ff. de iusti. & iure.

9 Vltimo præmittitur, † quod verbum, Promisit, positum in scriptura, intelligitur per stipulationem. §. *Si scriptum, Institu. de inutilibus stipula. l. Sciendum. ff. de verb. obligat. §. fin. Instit. de fideiusso.* Et hoc procedit, siue per illud verbum, Promisit, sit probatom in instrumento publico, siue scriptura priuata *l. 2. C. de contrahen. & commit. stipul. Bart. Paul. de Castr. & Legist. in l. 1. C. de vsur.* licet secus sit in teste, in quo verbum, Promisit, ab eo prolatum, non intelligitur per stipulationem, licet sic fuerit prolatum in scriptura, siue publica, siue priuata, etiam facta à non perito, sed iuris ignaro, vt ab vno mercatore, *d. l. 1. C. de contrahend. & commit. stipula.* Et rationem diuersitatis ponit Bartol. in d. l. 1. C. de vsur. Et ex stipulatione factorum, cum tamen sint incerta. *l. Vbi autem non apparet. §. Quid, quod in faciendo. l. Stipulationes non diuiduntur, in princ. l. Liber homo. §. fin. cum ibi nota. cum similibus ff. de verb. obligat.* datur Actio ex stipulatu. *l. Cum certum, à contrario sensu, si certum petatur. Et patet quasi per totum. ff. de verbo. obligat.*

Ex quibus omoib. iam euideotissime infertur veritas Responsionis supra datæ, scilicet, quod præfatus Illustris Princeps N. nedum ex priuata conuentione, contractu, siue promissione patris sui, inita inter ipsum, & vrbem N. ei subiectam, saluis tamen eiusdem vrbis priuilegiis, libertatibus, & immunitatibus de compromittendo, &c. super futuris controuersiis, & litibus, sed etiam ex sua propria promissione per stipulationem facta, vt patet in verbis in copia C. signata, prolatisq́; scilicet: Gerrdt vnd gelobt bey vnsern Fürstlichen Würden / Actiooe ex stipulatu teneatur ad compromittendum vna cum prædicta vrbe, de controuersiis, & discordiis hinc inde inter eos ortis & oriersis: Cum etiam summus princeps, vt Imperator, suis contractibus, vel quasi cum subditis initis eis efficaciter, & cum effectu obligatur. Quanto magis prædicta in præsentiarum sibi locum vendicaot, cum præfatus Dux sit inferior à principe Imperatore, & ei subiectus, & ita non minus quam omnes alii legib. obstrictus. Et per consequens, quod virtute huiusmodi Actionis ex stipulatione coram Consistorio Imperiali contra eundem inteorandæ, ad taliter compromittendum cum effectu cogi possit, potissimum etiam, cum, vt adductum est, prædicta conuentio habeat vim legis, & etiam sit à Cæsarea potestate ex certa scientia, & Imperatoria potestate confirmata, & in tali confirmatione certa pœna statuta contra non seruaoteo. Et ita, quod sit sine omni dubio, quod præfatus Dominus princeps de iure nullo modo possit se opponere, seu quouis modo se tueri, ne cogatur ad compromittendum, petente & iostaote parte aduersa, præfata scilicet vrbe.

THEMA CONSILII LXXIII.

De aditione hæreditatis, quare dominium per eam saltem animo declaratam acquiratur. Quomodo post aditam hæreditatem bona non dicantur hæreditaria, sed hæredis propria. De rescripto surrepticie vel obrepticie impetrato. De immissione Iudicis, vel mandato de exequendo sine causæ cognitione facto.

SVMMARIA.

1 *Dominia rerum sine traditione, vel naturali apprehensione, non acquiruntur. Fallit in herede defuncti.*

2 *Dominium acquisitum per aditionem, est de iure gentium.*

3 *Per solam declarationem animi, absq; aliquo facto extrinseco, potest adiri hæreditas.*

4 *Non valet pactum auferens liberam testamenti factionem, nec iuramento firmatur.*

5 *Post aditam hæreditatem bona non dicuntur defuncti, vel paterna, sed hæredis, & propria.*

6 *Filia exclusa per statutum vel pactum à bonis paternis, adita hæreditate paterna à fratribus, & postea vno ex fratribus mortuo, qui nihil post se relinquat, quam bona ex successione paterna acquisita, ab hæreditate eius, virtute statuti, non intelligitur exclusa.*

7 *Rescriptum surreptitium, vel obreptitium, hodie est ipso iure nullum.*

8 *Nulla causa debet incipi ab executione, sed debet præcedere cognitio.*

9 *Commissio de immittendo aliquem in possessionem, est nulla, non præcedente aliqua causæ cognitione.*

10 *Spoliatus ante omnia debet restitui, nec potest ei obstare exceptio dominii, etiamsi spoliator dominii, probationem paratam habeat.*

11 *Etiam princeps procedendo vel mandando executionem, sine iudiciali processu, & causa cognitione dicitur spoliare.*

CONSILIVM LXXIII.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus qui proponitur, talis est: N. de K. habens tres filios & filiam, certam dotem constituit filiæ, & in contractu sponsalitio fecit eam renunciare hæreditati paternæ, maternæ, & fraternæ, ita quod vno ex fratribus superstite, nullũ deberet habere, nec ad bona paterna, materna, nec fraterna, regressum. Iam cum illi tres fratres sine liberis essent defuncti, vltimo L. à K. decedente, prædicta soror tanquam proximior hæres, & resoluta iam conditione renunciationis, petit immissionem in bona defuncti fratris, qui cum non ab intestato, sed legitimo testamento post se relicto decesserit, in quo hæredes suos vniuersales instituit L. à K. & filios eius, qui iam adierat hæreditatem, & possessionem etiam rerum hæreditariarum erat adeptus, tamen ad impetitionem mariti soror defuncti obtinet immissionem in bona hæreditaria, iam ab alio possessa. Cuius ratione quæritur: Primo, vtrum sorori defuncti possit aliquod ius competere in bonis relictis, cum non ab intestato, sed relicto testamento frater decesserit. Secundo, vtrum institutus hæres post aditam iam hæreditatem, & adeptam possessionem, potuerit sine causæ cognitione priuari possessione, ex commissione, mandato, seu rescripto a principe surrepticie vel obrepticie impetrato. Et respondetur per resolutionem quioq; præmissorum principalium, quod non.

Pro clara, & euidenti ostensione veritatis prædictorum, stante contingentia facti pro constanti, aliqua sunt
1 per ordinem præmittenda. Et primo, † quod licet dominia rerum sine actuali traditione vel apprehensione, etiam non acquiruntur. *l. Si ex stipulatione. ff. de acquiren. possess. l. Traditionibus. C. de pact.* tamen hoc fallit in hærede defuncti, qui per solam aditionem hæreditatis sine actuali siue corporali apprehensione acquirit dominium omnium rerum hæreditariarum, & per apprehensionem earundem possessionem. l. Cum hæredes, in princ. vbi dicitur: Cum hæredes instituti sumus adita hæreditate, omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio autem nisi naturaliter comprehensa sit, ad nos non pertinet. ff. de acqu. possess. Et licet iste modus acquirendi dominium per aditionem, scilicet hæreditatis, sit de iure ciuili, & non de Iure gentium *l. Lege aduenire. ff. de verbor. signific. glo. & dd. in l.*
2 *Ex hoc iure. ff. de iust. & iur.* tamen † huiusmodi dominium aditione hæreditatis acquisitum, est etiam de Iure gentium, *vt notat Bart. in d. l. Ex hoc iure* Sal. in l. *i. ante finem, versic. Et hoc maxime est verum*, C. de iure aur. anul. vbi decidit in specie, quod dominium acquisitum per aditionem sit de Iure gentium, licet modus acquirendi sit de Iure ciuili, ideo per priuilegium principis non perditur. *l. Natus. C. de rescind. vend.* Alexand. de Imo. in d. l. cum hæredes. in prin.
3 in 2. colum. versi. Puto. † quod etiam & ista aditio hæreditatis, per quam acquiritur hæredi dominium, & omnia iura, quæ erant defuncti tempore mortis, ipso iure potest fieri solo animo declarato, per aliquem actum extrinsecum, vel per verba l. Gerit, vbi inquit text. Gerit pro hærede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingit hæreditarium, &c. ff. de acqu. hær. §. fio. vbi dicitur: Potest autem pro hærede gerendo vel nuda voluntate suscipiendæ hæreditatis heres fieri. & postea dicit tex. inter cætera: & quoquo modo, si voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo de adeunda hæreditate, dummodo sciat eum in cuius bonis pro hærede gerit, testatum intestatumne obiisse, & se ei hæredem esse, &c. Insti. de hære. qual. & diffe. & qui aliquid facit tanquam hæres, censetur adire hæreditatem sibi delatam ex testamento, vel ab intestato. *l. Pro hærede, in princip. ff. eodem titulo.* Et hæreditas dicitur illi delata, qui eam adeundo consequi potest. *l. Delata hæreditas ff. de verborum significat. l. Is qui, in princip. ff. de acquirend. hæred.* & quamdiu locus est aditioni hæreditatis ex testamento, non admittitur aditio ab intestato: causa enim testati præualet causæ intestati. *leg. Quamdiu ff. de regulis iuris. l. Quamdiu potest. l. In plurium ff. de acquirend. hæred. l. Antequam. C. Communia de successionibus cum similibus.* Et quia hæres dicitur dominus. *dict. leg. Gerit in fin.* ideo propria autoritate post aditionem hæreditatis possessionem rerum hæreditariarum per se, vel per alium apprehendere potest. *l. Qui vniuersos. §. Quod per colonum. ff. de acquirend. possess.*

Item & secundo est principaliter præmittendum, quod quamuis conditio in renunciatione facta, per dominam D. tempore contractus sponsalicii, iuxta communem obseruantiam, consuetudinem, & vsum inter nobiles huius territorii apposita, per obitum prædictorum trium fratrum eiusdem, seu legitimis hæredibus ex eorum corporibus protractis extiterit. Et per cõsequens, quod præfatus L. à K. in Christo defunctus, si decessisset intestatus, omnia bona sua hæreditaria detulisset ab intestato ad præfatam Dominam D. sororem ipsius tanquam proximiorem hæredem eius ab intestato, *Authentica, Cessante, & in corpore vnde sumitur C. de legitim. hæred.* Tamen virtute huiusmodi renunciationis non fuit sublata ipsi L. à K. piæ memoriæ, libera facultas testandi de bonis suis propriis, sicut nec etiam potuisset ei, & aliis suis fratribus auferri, per expressum pactum stipulatione vallatum, vt soror eorundem, scilicet prædicta Domina D. eis sine liberis decedentibus ab intestato succederet, quia non obstante tali pacto remansisset eis libera facultas testandi, de bonis suis propriis. Cum clarissimi Iuris sit,
quod † huiusmodi pacta affirmatiua de succedendo tanquam contra bonos mores, cum auferant liberam testamenti factionem, sint à Iure reprobata, & ita nullius momenti, sed ipso iure nulla. *l. Pactum quod à tali C. de pactis. l. final. C. eodem titul. l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verbor. obligat. &c.* quod procedit etiamsi tale pactum affirmatiuum de succedendo sit iuramento firmatum, cum sit contra bonos mores, ex quo inducit votum captandæ mortis alienæ, & auferat liberam testandi facultatem, *per Regulam cap. Non est obligatorium, de Regulis iuris. in 6. secundum gloss. in l. Si quando §. Illud, in verbo, Grauari. Cod. de inoffic. testament. gloss. in leg. Pactum dotali Cod. de collat. & communiter Legistæ sequuntur ibi, & in dict. leg. final. & in dict. leg. Stipulatio hoc modo concepta.* 4

Licet secus sit in pacto negatiuo, scilicet de non succedendo, quod bene firmatur iuramento. *cap. Quamuis, de pactis in 6.* sicut etiam firmatur tale, de non succedendo, consuetudine, vel statuto loci. Quia tale pactum de non succedendo, nõ inducit votum captandæ mortis alienæ, nec tollit liberam testamenti factionem, prout pactum affirmatiuum de succedendo, ideo tale pactum de succedendo, nec consuetudine, nec statuto firmari potest. Nam quando aliquid non potest fieri per pactum, eo quia sit contra bonos mores, illud etiam non potest fieri per statutum vel consuetudinem. Quia statutum, vel consuetudo dicitur lex loci in quo viget. *leg. de quibus. Digest. de iusti. & iur.* Lex autem debet esse honesta, & sancta. *cap. Erit autem lex, 3. distinct. Ita notab. decidit Bartol. in dict. leg. Omnes populi, in 3. quæst. 0. 3. partis principalis.* Et ita in specie, videlicet, quod pactum affirmatiuum de succedendo non possit seruari etiam iuramento, decidit Alexand. de Imol. *in d. leg. fin. & in d. l. Stipulatio hoc*

modo

modo concepta. & sequitur D. Ias. in prædictis locis, reprobata opinione Bald. in hoc, in l. Cum Archimedem. C. Vt in possess. legator. per text. in c. Filij nati, in titu. Si de feu. fuer. controuer. inter dom. & agnat. vasal. Quia respondet Dominus Alexand. & bene, quod d. c. cum similib. non loquatur de pacto de succedendo, sed de pacto de non succedendo, quod non reputatur contra bonos mores, & ideo iuramento firmatur, & certissimi Iuris est, quod hæreditas fraterna non potuit dari Dominæ D. in contractu sponsalitio, seu in alio contractu inter viuos *l. Hæreditas. C. de pactis conuentis tam super dote, quam dona. propter nuptias. l. Verba contraxerunt. ff. de verborum signif.*

5 Item tertio est principaliter præmittendum, † quod postquam filii adiuerint hæreditates paternas & maternas, vel proprius loquendo immiscuerunt se hæreditati paternæ, quod amplius non dicantur bona paterna vel materna, sed propria bona filiorum, vel aliorum hæredum, & non defunctorum, quibus defunctis ipsi ex testamento, vel ab intestato successerunt, gloss. est sing. & nntab. communiter approbata, in l. fin. in eo. hæreditati. ff. Si cert. peta. Pro qua Barto. ibi, *post princip. 2. column. in versi. Secundo oppono, ibi, dicitur hic quod acquiritur hæreditati, &c.* allegat duas ll. scilicet l. Sed si plures. §. filio. ff. de vulg. & pupill. substitu. vbi habetur, quod postquam filius adiuit hæreditatem patris, hæreditas patris dicitur effectum vnum patrimonium cum patrimonio filii, & ita, quod deinceps solum dicatur patrimonium filii. *Argum. l. fin. in fin. C. de inoffi. testam. & est gloss. ordina. in l. 1. §. Veteres. ff. de aquir. possess.*

Imo de hoc est expressus tex. in §. 1. dum inquit: Vt si creditoribus satis non fiat, potius eius hæredis bona, quã ipsius testatoris à creditoribus possideantur. Ecce apert. text. quod bona non dicuntur amplius testatoris, sed ipsius hæredis adita hæreditate per eund. Institu. de hære. qual. & differen. & similis tex. est in §. 1. ad finem, Institu. Quibus ex caus. mano. non licet. quæ duo Iura ad hoc allegat Dominus Ias. *in d. l. fin. in prin. 15. colu.* & inducit ad hoc pulchras decisiones post Doct. in locis ibi per eum allegatis. ff. Si cert. petat. & in d. §. Veteres. *in 3. colum. versi. Circa primam conclusionem.* Inter quas optime facit ad propositũ nostrum notabilis decisio, videlicet, quod si statuto loci cautum sit, videlicet, quod filia dotata non succedat patri, extantibus filiis masculis, & pater moriatur relictis duobus, vel pluribus filiis masculis, & filia fœmina dotata, nam licet patri, virtute statu. solum succedant filii
6 masculi, & non fœmina, sed † contingit, quod postquam
illi filii adiuerunt hæreditatem patris, vnus moriatur sine liberis, & nihil habuerit in bonis, nisi bona paterna, quod filia, & ita soror eius non excluditur per tale statutum à successione fratris sui, non obstante prædicto statuto, cum illa bona non dicantur amplius bona hæreditaria patris, sed bona propria filiorum, & filia non fuerit prohibita succedere in hæreditate fraterna, huiusmodi sunt iam ista bona. *quam decisionem ponit originaliter Ludou. de Roma. in d. §. Veteres, licet subiungat, quod non audeat decidere, quia illa quæstio tunc pendebat in ciuitate Bononiæ; tamen Alexan. de Imo. ibi, in d. §. Veteres, per glo. & supra dicta in 4. colum. versi. Quæ inducuntur per Roma. his approbat istam decisionem. Refert etiam & sequitur Dom. Ias. in d. l. fin. in fin. 6. colum. versi. Secundo ad prædict. Regulam adde, & confirmat hoc pulchris decisionib. vt ibi latius per eum.*

Et sic clarissime patet, quod, postquam filii adiuerunt hæreditatem patris vel matris, non dicantur amplius bona paterna vel materna, pro tanto, quod si postea cõtingat mori vnum ex illis filius, soror eius non dicatur exclusa ab hæreditate eius, tanquam paterna virtute huiusmodi statuti, vel consuetudinis, cum amplius non sit paterna, sed fraterna hæreditas, si scilicet contingat filium decedere ab intestato: secus si decederet testatus, & ita condito testamento: quia tunc hæres institutus succederet ex testamento, ex quo causa testati præualet causæ intestati. *d. l. Quamdiu potest, cum concor. supra adductis.* Nec obstat tex. in l. fi. §. Sin autem æs alienum, vbi bona dicuntur hæreditaria, etiam adita hæreditate per hæredem. C. de bonis quæ lib. Nam hoc solum est large & improprie, *secundum Bald. in leg. 3. ff. de bonor. possess. & in Rubr. ff. de acquiren. hæred.*

Item quarto præmittendum est, quod omnes concessiones, gratiæ, priuilegia vel rescripta etiam à summo principe, vt Papa vel Imperatore, expressa falsitate, vel tacita, seu occultata veritate obtenta, dicãtur obreptitie & subrepticie impetrata, ita videlicet, quod dicatur subrepticium siue exprimatur falsitas, siue occultetur veritas, ita probatur per text. apertum, in l. 1. in prin. in verbo, Obreptione, iuncto verbo sequenti, &c. vbi tex. appellat surreptionem, quod antea in principio appellauit obreptionem. C. Si nup. ex res. petan. & ibi Bal. in 2. col. in vers. in tex. ibi obreptione dicit, quod hic vocat obrepticium, infra vocat subrepticium, in verbo Surreptione. subiungens: sæpe vnum istorum vocabulorum ponitur pro altero. Per quem text. post Bald. idem dicit D. Ias. in l. Præscriptione, in prin. C. Si contra ius vel vtilita. publi. videlicet quod Doctores vtantur istis vocabulis promiscue, & non faciant differentiam inter subrepticium & obrepticium, & licet sit maxima difficultas, an rescriptum subrepticium, siue obrepticium sit ipso iure nullum, vel ne, propter duas leges, quæ in hoc inuicem videntur contrariara, *scilicet d. l. Præscriptione, & l. Etsi legib. C. eod. tit.* Tamen in hoc non est in præsentiarum insistendum, cum hodie habeamus in ista materia clarum textum, distinguentem in hoc: scilicet in c. Super literis, de rescript. vbi deciditur,
quod † sicut dolosa siue fraudulenta subreptio, siue fit in 7
falso exprimendo, siue in vero tacendo, impedit rescriptum, siue concessionem, ita etiam subreptio non dolosa, vel fraudulenta, ipso iure viciat, quando scilicet princeps non concessisset, si sc. falsitas fuisset tacita, vel veritas expressa, &c. Et ita hodie iure Canonico in hoc standum est, *per ea quæ notantur in c. Per venerabilem, qui filij sint legit.* sublata est illa difficultas. Item decretum principis per subreptionem impetratum, viciat ipsum, per text. in l. Magis puto, ante finem, vbi dicit text. Non enim passim distrahi iubere prætori tributum est, sed ita demum, si vrgeat æs alienum, & sequitur in litera: manet actio pupillo, si postea poterit probari, obreptum esse prætori. ff. de rebus eorum. Et ideo in rescriptis exprimitur, vel tacite subintelligitur, si preces veritate nitantur. *c. final. C. de diuers. rescript. c. 2. de rescrip.* quod etiam erat de iure ciuili, *ante d. c. Super literis*, & ratio erat, quia huiusmodi decretum est maioris præiudicii. *d. c. 2.* Et sic est sine dubio, quod literæ commissionis, & tales concessiones à quouis principe, siue potestate, siue iudice impetratæ, saltem in effectu non valent, si princeps fuisset vere informatus de causa, huiusmodi commissio siue concessio ab eo non fuisset obtenta, quod etiam confirmatur per text. in d. cap. 2. vbi Papa rescriptum suum impetratum, non facta mentione priorum literarum, retractat, licet commiserit præcise
conferri alteram præbendam. Item † expressi iuris est, q 8
nulla causa debeat incipi ab executione, & executio taliter facta est retractanda. *l. Si cum nulla. ff. de iud. l. 1. & 2. C. de execu. rei iud. Facit l. Vnica. C. de prohib. sequest.* executionem autem præcedere debet causæ cognitio, & sententia diffinitiua, vel saltem interlocutoria *d. l. Si cum nulla, & ibi gloss. d. l. 1.*

d.l.1.& per totum est commina. vel epist. bi. c. dicit Bart. in d.l.1. per text ibi, quod præceptum taliter factum sit nullum, inuehentes contra literas, quæ sæpe fiunt in curiis Romanæ Ecclesiæ, in quibus præcipitur prius soluere, quam sententia detur. Et Bald. ibi post prin. inquit, quod ab executione non sit incipiendum, etiamsi sit debitum probatum, quia probationes & instrumenta partium executionem non habent, nisi sit confessio in iudicio facta, vel iusiurandum iudiciale. Subiungens: Nam licet sit probatum, adhuc sub Iudice lis est. ff. de peculio. *l. Eo tempore. l. Quod debetur*, & ideo noodum est tempus exeqoeodi, vt infra. *Vide in l. Meminerint. vnde vi. & idem dicit Salicet. in d. leg. 1.* Et dicit ibi Paul. de Castr. quod per illam l. pareat, quod literæ Iudicis vel superioris dicentes alicui, vt debeat tali suo creditori soluere sub certa pœna, infra tot dies, non valeant, nisi apponatur clausula, quod si senserit se grauatum, compareat iustitiam recepturus, nam tunc huiusmodi literæ tanquam iustificatoriæ, resoluerentur in vim petitionis. *l. de pupil. §. Meminisse, cum ibi not. ff. de no. op. nun.*

Item si per principem vel superiorem committitur alicui, quod aliquem compellat ad solueodum tali suo creditori, licet expresse sibi non committat causæ cognitiooem, sed solum executionem, quod nihilominus censeatur commissa causæ cognitio, & quod commissarius non poterit ad executionem procedere, nisi causa cognita, & lata sententia, *& allegat l. Etsi non cognitio. C. Si contra*
9 *ius vel vtilita. publ.* Ex quibus iam concluditur, † quod princeps, vel alius superior, de iure nõ possit alicui committere, vt aliquem inducat in possessionem bonorum, sine præcedenti causæ cognitione, & quod talis commissio sit nulla, & per consequens executio illius commissionis nulla, & ideo retractanda saltem de facto, quod est sine omni scrupulo, quando eiusmodi executio talis commissionis fit in præiudicium tertii, non vocati nec auditi, & ita sine causæ cognitione.

10 Item quinto & vltimo præmittendum est, † quod regulariter spoliatus ante omnia à spoliatore, vel cuius nomine & procuratione sua possessione priuatus siue spoliatus fuerit, restituendus est, pro tanto, quod spoliato non obstet exceptio dominii, etiamsi Reus spoliator offerat se in continenti probare de dominio suo. *l. Si quis ad se. C. ad leg. Iul. de vi pub. Et ibi Bart. l. Si maritus. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. 1. in fi. & ibi Bart. in 3. nota. Cod. Si per vim, vel alio modo. c. 2. c. In literis, de restit. spoliat.* ideo in possessorio recuperandæ possessionis, non habent locum l. Dolo facit. ff. de excep. d. l. de regul. dol. petit. de reg. iur. io 6. vbi petenti rem, quam restituturus est, obstat exceptio doli. Nam dicta Regula non habet locum in possessorio recuperandæ possessionis. Ita probatur per tex. in c. fin. vbi dicitur, quod cõuentus super spolio, siue possessorio recuperandæ, ante restitutionem non sit audiendus, nisi super quæstione spoliationis, si eum reconueniat, cum restitorionis petitio in hoc priuilegiata noscatur, vt ipsam iotentans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere, de ord. cogni. quem text. allegat etiam Bart. in d. l. Si quis ad se fuodum *in princ. 2. colum. in vers. Pro cuius euidentia*, vbi per d. l. dicit, quod quando spoliatus agit petendo restitutionem, quod tunc causa restitutionis ante omnia sit tractanda. subiungens, in tantum, vt super nulla alia re à suo spoliatore possit conueniri, nisi super illa spoliatione, dicens: hic est casus, extra de ord. cogni. c. Super spoliatione, & est c. fin. addens: & sic debemus istum text. intelligere, & quod dicta Regula, Dolo petit, &c. non habeat locum io possessorio recuperaodæ, propter priuilegium huiusmodi iudicii possessorii recuperandæ, in odiom scilicet spoliatoris, tributum spoliato. *Ita tenent communiter Doct. in d. c. In literis, & in c. Ex conquestione, de restitu spoliato.*

Nec Leander à K. obstat; quod ipse sit priuatus siue spoliatus à principe, & ex ipsius speciali autoritate & cõmissione. text. in ca. Præsentium, 7. qu. 1. & ibi glo. fi. quæ ante finem notat, quod hoc c. semper consueuit ad hoc induci, quod spoliatus à Iudice non possit petere restitutionem, Iudex non dicitur facere violentiam, *vt 23. q. 2. ff. Quod metus causa. l. 2.* semper enim pro facto suo præsumitur, nisi possit de dolo argui, *vt 2. qu. 6. c. Hoc etiam.* Quia hoc procedit, quando superior siue Iudex seruauit ordinem iudiciarium, & ita processit iudicialiter, præcedente scilicet causæ cognitione, hinc processus eius præsumitor. *cap. In præsentia. c. Sicut. cap. Inter cæteras, de sentent. & re iud.* Secus si processerit extraiudicialiter, sine sufficienti causæ cognitione, faciendo scilicet aliquem spoliari sua possessione, tunc enim non solum noo præsumitur pro eo, sed etiam agi posset contra ipsummet iudicio possessorio recuperandæ ad restitutionem possessionis, non minus quam contra priuatum. *Tex. est notab. in c. Conquerente, de restit. spoliata.* Et illa restitutio debet fieri cum fructibus & redditibus perceptis, *vt est ibi text. ad literam*, & etiam quæ percipi potuerunt: cum hic debeat damna resarcire. *c. Grauis, eo tit. de hoc est etiam glo. ordin. in glo. summa, in verbo, Est enim regulare. in pr. Iudice siue iuris ordine, statim est restituendus, secundum Ioan. And. & Canonist. in d. c. Conquerente.* & de hoc est etiam rotundus tex. in l. Meminerint, quod si spoliatus iniuste autoritate Iudicis, ante omnia sit restituendus; imo est ibi text. in princ. quod qui autoritate superioris temere impetrata, aliquem spoliauerit, omni suo iure debeat priuari, *& ibi Bart. in 1. notab. C. Vnde vi.* Et ita per illam l. patet, vt dicit etiam ibi expresse Bald. in prin. † Quod si 11
imperator concesserit alicui castra, quod tameo non liceret ei sua autoritate accipere, sed de Iuris ordine seruato. Item patet, quod si Iudex det alicui licentiam de expellendo aliquem de possessione, quod ista licentia non valeat, nisi iuris ordine seruato, & quod abutentes cadãt à iure suo. Ordo enim iudiciarius est seruandus, in quo iudicio debet citari possessor, si inuenitur, alias citatur procurator, qui ei denunciat, & sicut in d. l. Meminerint, prouidetur spoliato iodebite Iudicis autoritate, vt possessio sibi restituatur: *ita per l. 2. ali. in fin. C. Si per vim*, vel alio modo prouidetur ei, qui non est spoliatus possessione, sed turbatur in possessione sua autoritate rescripti etiam imperatoris, vel iudicis indebite, tamen hoc ei non obsit in iudicio retinendæ possessionis, & ita declarat Bar. magistraliter in d. l. 2. io quo scilicet differt ab l. Meminerint subiungens: quod tene menti. & boous text. in c. Cum causa, ibi, siue per laicalem potentiam, siue per eosdem Iudices, &c. de offic. deleg. per quem tex. dicit ibi Panor. in 3. nota. tene menti, quod factum Iudicis non rite procedentis, æquiparatur facto priuati. Vnde sicut potest peti restitutio, & agi possessorio recuperandæ possessionis contra spoliationem factam per priuatom, ita etiam per spoliationem factam authoritate iudicum non rite procedentium. Vnde posset iudici hoc casu de facto resisti, sicut & priuato.

Et ita ex supradictis & præmissis clarissime patet veritas Responsiooum supra datarum videlicet: Et primo, quod nobilis Leander à K. & filii sui ab Ioanne à K. in testamento soleoni in scriptis condito. *iuxta l. Hac consultissima, in prin. C. de testa.* potuerint institui hæredes, & quod fuerit illis delata hæreditas Ioannis à K. ex eius testamento, quæ proprie dicitur legitima. *l. Lege obuenire. ff. de verbo. significa.* & causa testati præferatur caosæ intestati,

& Leander ipse tanquam hæres institutus, pro se & nomine filiorum suorum, adiuerit hæreditatē eis ex tali testamento post mortem testatoris delatam, & animum suum de adeūda hæreditate declarauerit verbis, & etiam factis, soluendo scilicet quædam legata legatariis, & debita quibusdam creditoribus hæreditariis, & per eiuscemodi aditionem tantum acquisiuerit, pro se & nomine quo supra, proprietatem, dominium, vel quasi omnium rerum hæreditariarum relictarum à testatore. Et quod virtute renunciationis supra dictæ, in sponsalitio Ioannis à K. non fuerit sublata libera facultas testandi de bonis suis propriis. Et postquam Ioannes à K. immiscuerit se hæreditati paternæ, & adiuerit hæreditatē maternam, amplius non fuerint bona paterna nec materna; sed omnia bona suum proprium matrimoniū effectum, quod Ioannes à V. nomine vxoris suæ, Dominæ D. sororis præfati testatoris, non solum vt hæres eius ab intestato, nec etiam virtute sæpe nominatæ renunciationis, nullum ius in bonis à præfato testatore relictis, prætendere possit, & ita nec in paternis, nec maternis bonis. Item & secundo, quod cum Leander à K adeptus fuerit possessionem prædictarum rerum hæreditariarum, & eiusmodi possessione sine iuris ordine, & causæ cognitione, facta procuratione Ioannis à V. fuerit & spoliatus & priuatus, quod ante omnia huiusmodi possessio debeat ei restitui, non obstante illustriss. principis Marchionis N. rescripto, ex quo nulla interuenerit causæ cognitio, nec ordo Iuris obseruatus fuerit.

THEMA CONSILII LXXIIII.

Vtrū Vasallus abusiue inuestitus, & non possidens feudum possit priuari feudo, si infra annū & diem inuestituram à domino feudi nō petat.

SVMMARIA.

1 *Vasallus maior 14. annis, negligens infra annum & diem petere inuestituram, sine iusta & legitima causa, feudum amittit.*

2 *Dominus post lapsum terminum exigens seruitia à vasallo, videtur culpam remittere, nisi iusta ignorantia hoc faceret.*

3 *Duplex inuestitura Vera & abusiua.*

4 *Inuestitura feudi antiqui, non dicitur proprie inuestitura, sed inuestitura confirmatio.*

5 *Vasallus non adeptus realem possessionem feudi, non cogitur sub pœna caducitatis feudi renouationem inuestituræ petere.*

6 *Ad petendum nouam inuestituram realem, non est certum tempus statutum.*

7 *Hæres tenetur obseruare factum defuncti.*

8 *Dominus qui dedit inuestituram abusiuam, præcise cogitur dare possessionem feudi, de quo abusiue inuestiuit, si dominus possidet, & etiam si non possidet, & potest feudum à possessore redimere: hoc facere cogitur, si autem non posset redimere, tenetur ad interesse.*

CONSILIVM LXXIIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus qui proponitur, talis est: Comites ab V. concesserunt validis ab M quædam bona feudalia, inuestiendo illos de prædictis bonis, in casum, quo possessore eorundem sine hærede feudali mortuo, contingeret prædicta bona ad ipsos tanquam dominos directos redire, seu reuerti. Sed quum possessor primus aliquandiu post illam concessionem viueret, & animi Comitum essent erga prædictos ab M. immutati, alium etiam Nobilem de prædictis feudis inuestiunt, euisque mortuo dehinc primo possessore sine hærede feudali, immittunt in possessionem eos realem. Cumq; validi ab M. vigore primæ inuestituræ, illis à Comitibus ab V. factæ, postea aliquo tempore iam elapso, & ita post annum & diem peterent realem inuestituram, procurator prædictorum Comitum voluit illos repellere ab illa petitione, per illam exceptionem, quod scilicet non petendo realem inuestituram intra annum & diem, à tempore mortis primi possessoris, feudum amiserint. Quæritur ergo, vtrum talis exceptio validos ab M. repellat à petitione bonorum feudalium, vel vtrum, illa non obstante, prædicti Comites teneantur illos realiter inuestire, vel interesse soluere.

In proposita consultatione videtur prima fronte Generosi Comitis ab V. intentionem esse fundatam: quum explorati iuris sit, † quod si vasallus maior quatuordecim annis, sine iusta & legitima causa neglexerit infra annum & mensem petere renouationem inuestituræ ab hærede domini defuncti, vel successor vasalli à domino feudum amittat *c. Præterea si quis infeudatus de prohib. feud. alie. per Frid. c. 1. Quo tempore miles, & hoc est speciale in milite, secundum glo. quartam, in d. c. 1. in prima eius solutione, & ita quod non corrigatur per prædictum c. Præterea & sequitur Iaco. de Bel. Nico. de Neapo. Bald. Aluar. & communiter dd.* Et † licet dominus post lapsum termini ad petendam renouationem inuestituræ receperit, nihilominus vasallum ad obedientiam & seruitiū consuetum ab eo susceperit, videatur remittere culpam, *secundum glo. in d. c. 1. in verbo. Et mensem, In fi. ibi. sed pone & in glo. fin. per iura ibi allegata*, quia dominus post lapsum huiusmodi termini, siue temporis præfixi ad petendam inuestituram, vasallum ad obedientiam receperit, & debitum seu consuetum seruitium, videtur iuri suo renunciasse. *Ita & consi. dicit prealle glo. in. que repetit illam gl. in verbo, Et mensem, & multa iura ad hoc allegat. & sequuntur communiter dd. ibi*, quod multo magis procedit, si elapso tali tempore dominus feudi ipsum vasallum inuestiisset. & probatur per text. ad literam in l. Celsus, in prin. alleg. in d. glo. fin. ff. de arbit. vbi deciditur, quod si arbiter iusserit intra Calendas dari, nec pars dederit, licet postea offerat & velit dare, quod tamen pœna semel commissa compromissi non euanescat. quoniam semper verū est intra Calendas datum nō esse. & sequitur in litera: Si autē oblatum acceperit, pœnam petere non potest, doli exceptione remouendus, & dicit ibi glo. super verbo, Non potest, quia sponte accipiendo renunciauit, vt sup. l. 2. 1. Respon. Si quis cautio. l. Post diem vbi dicitur: Si venditor post diem lege commissoria præstitutum precium petit, videtur renunciare legi commissoriæ, & quod non possit variare, & ad hoc textus ff. de leg. commiss. l. fin. in fine, dum inquit: quod non puto attendendum, tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse pœnam videatur. *leg. Cum ff. &c. Cod. de pact. inter empt. & vend. & ita in specie decidit etiam Aluar in d. c. cap. 1. super gloss. in verbo, Et mensem*; Tamen prædicta quod scilicet dominus recipiendo seruitium consuetum, tum à vasallo, vel ipsum inuestiendo de feudo, non obstante, quod tempus ad petendum inuestituram præfixum, sit elapsum, intelligatur iuri suo renunciare, procedunt, & vendicant sibi locum, nisi dominus iusta ignorantia hæc fecisset, nam tunc non diceretur remittere ius suum, cum ignorans nō intelligatur, propter scilicet defectum consensus, renunciare iuri suo, vel ipsum remittere. *l. Si mater. Cod. de inoffic. testam.* l. Nec ignorans, vbi dicitur: Nec ignorans nec inuitus quisquam donat, &c. C. de donat. l. Cum Aquiliana, vbi Aquiliana stipulatio non tollit obligationes præcedentes, de quib. non est cogitatum. *l. Qui cum alteri. §. Qui per fallaciam ff. de transf-*

de transactionibus. & plene notatur in l. Qui Roma. §. Duo fratres. ff. de verb. oblig. & ita tenent communiter dd. in dict. cap. 1. sicut etiam dominus errans vel dubitans non præsumitur ius suum remittere. d. l. Si per errorem, vbi deciditur, errantem non consentire. & subiungit in tex. Quid enim tam contrarium est consensui, quam error, qui imperitiam detegit. ff. de iurisdict. omn. iud. Actus enim agentium deficiente consensu, non operatur. *dict. l. Nec ignorans. l. Ex maleficiis. §. Longe minus. ff. de actio. & obli.* Et sic ex prædictis videtur etiam omnino pro D. comite inferri; cum validi M. infra tempus iuris, nec post mortem Comitis H. ab eius hærede, nec hæredes Domini Ioan. M. post eius obitum à Comite H. inuestituram petierunt. Tamen istis & aliis non obstantibus, responsio siue decisio supra data, videtur in terminis nostris iuri consona & conformis. Et pro maiori & clariori euidentia eiusdem est præ-
3 mittendum, † quod duplex est inuestitura, quantum sufficit ad propositum nostrum, vera & propria, item abusiua. Vera autem inuestitura nihil aliud est, quam datio seu immissio in realem & corporalem possessionem bonorum feudalium. *c. 1. in princ.* Abusiua vero, quæ fit verbis, aliquo signo interueniente, vt hasta vel annulo. c. 1 in prin: dicit enim & ibi Feudist. ibi text. Inuestitura quidem proprie dicitur possessio, abusiuo autem modo dicitur inuestitura, quando hasta vel aliud corporeum quidlibet porrigitur à domino feudi se inuestituram facere dicente, &c. Et sic est ibi text. clarus, quod etiam per inuestituram hasta vel annulo, vel simili factam, vasallo non traditur possessio feudi in ipsum vasallum, in tit. quid sit inuestitura. & in c. in fin. de noua for. fidel. vbi inquit tex. Inuestitura vero facta, & fidelitate subsecuta, omni modo cogatur dominus inuestitũ in vacuam possessionem mittere, quod si differat, omnem vtilitatem ei præstabit. *c. Per duas, de dona. c. Ex ore, de his quæ fiunt à maio. par. capit. Inno. in c. Ex literis, de consuetud.* Hinc eleganter dicit Dyn. *in cap. 1. mihi, in 2. colum. versic. Idem patet in feudo, de reg. iur. in 6. Referunt & sequuntur Aluar. & Prapos. in d. c. 1. quid sit inuestit.* quod consideranda sunt tria tempora. Primum est ipsius feudi concessio. Secundum est ipsa inuestitura subsequens, quæ est præcedentis concessionis confirmatio. Tertia est ipsa inductio in possessionem, quæ est realis executio ipsius concessionis & inuestituræ præcedentium, & ostendit hoc Dyn. per pulchrum simile. Nam in institutione hæredis sunt tria tempora per ordinem. Primum enim institutio, quæ fit per testamentum, siue dispositionem verbalem. Secundum est institutionis irreuocabilis confirmatio, quæ contingit per consequens factum, id est, per mortem testantis. Tertium est ipsius institutionis & confirmationis executio, quæ contingit per aditionem hæreditatis, & sequens adminiculum; id est, apprehensionem possessionis; quæ licet non sit necessaria ad acquisitionem dominii rerum hæreditariarum, tamen est necessaria ad acquisitionem possessionis earundem *l. Animum. C. de test. l. Cum hæredes, in prin. ff. de acquir. possess.*

Secundo est præmittendum, quod tex. in d. c. 1. in prin. in tit. quid sit inuest. in quantum dicit, quod inuestitura proprie dicatur datio possessionis, loquatur de inuestitura feudi noui, in feudo enim nouo ad hoc vt habeat propriam naturam inuestituræ, requiritur vt interueniat corporalis apprehensio possessionis, vt ibi. Sed per inuestituram feudi antiqui nulla traditur possessio, quum vasallus iam sit in possessione, *vt d. c. 1. in fin. Quo tempore miles.* Talis enim inuestitura feudi antiqui neq; possessionis nouam transactionem, neq; nouam solennitatem expectat, *secundum Doct. in d. c. 1. quid sit inuest.* sic etiam inuestitura de feudo antiquo, quando scilicet mortuo domino, vel vasallo, petitur renouatio inuestituræ. *c. 1. quæ fuit prima caus. benef. amitten.* Et ideo † talis inuestitura non dicitur 4
proprie inuestitura, quum per eam nulla penitus possessio transferatur; sed est confirmatio antiquæ possessionis, pro tanto, quod si antiqua possessio fuerit iusta, intelligatur confirmata per eam, alias non, quum ista confirmatio nullum ius tribuat, sed conseruet antiquum.

Item & tertio præmittendum est, quod d. c. Præterea si quis infeudatus, loquitur & intelligitur de feudi antiqui inuestitura, & dominus feudi moritur, nam tunc vasallus tenetur infra annum & diem petere renouationem inuestituræ: vel econtra vasallus possidens antiquum, mortuus est, nam tunc hęres eius debet eam petere à domino. Item intelligitur in feudo nouo, † quando scilicet 5
quis esset inuestitus de nouo feudo, & iam habuisset propriam & veram inuestituram realem, scilicet per dationem seu apprehensionem possessionis corporalis rerũ feudalium, & dominus feudi esset mortuus, ipse teneretur infra annum & diem petere inuestituram, id est, renouationem prioris inuestituræ ab hærede domini sui mortui, & sic d. c. Præterea, vt aperte ibi innuit tex. dum dicit: Si quis infeudatus fuerit. Item text. in c. 1. quæ fuit prim. cau. benef. amit. & ita etiam tex. in c. 1. quo tempo. mil. loquuntur de inuestitura abusiua & impropria, per quam scilicet nec possessio, nec aliquod ius traditur, sed est solummodo de ea, quæ est renouatio siue confirmatio, & sic ex præcedentis inuestituræ, *& ita volunt, & bene, Aluar. & Doct. in d. c. Præterea si quis infeudatus, in princip. & in d. c. Quo tempore mil.* Sed † quando vasallus, vel eius hæres non 6
possidet feudum, sed possidetur à quodam tertio, tunc ei non est statutum tempus ad petendam inuestituram, & ita prædicta iura disponẽtia, quod vasallus infra annum & diem teneatur sub pœna caducitatis à feudo, petere inuestituram feudi, non habent locum, ita notab. decidit Guil. de Cune. & post eum Bal. in l. Solennibus, in fin. C. de rei vend. vbi postquam absoluerunt se de quæstione, vbi qui tenebat fundum in emphyteusin à quodam domino possessum tamen ab alio infra terminum iuris, *iuxta l. 2. C. de iure emphy.* non soluat Canonem, dicunt prorumpendo in hęc verba: Et hoc nos habemus in alia materia, nam habemus, ꝙ vasallus debet intra annum adire dominum feudi, mortuo patre inuestituram petendo, alias perdit feudum. Pone quod patre meo mortuo tu incepisti fundum possidere, volebas autem mihi restituere, steti per biennium, & non petii inuestituram à domino, nec præstiti iuramentum fidelitatis, quæritur, nunquid amiserim feudum, & videtur quod sic, *per alleg. cap. 1. Quæ fit prima causa benef. amit.* Tamen ipsi determinant cõtrarium; sicut in præcedenti quæstione in simili de Emphyteuta, non tamen possidente rem emphyteuticam non soluente Canonem intra biennium siue triennium, videlicet quod non amittat, & mouetur per alium textũ, & originaliter Guil. in l. Forma. §. Si cum ego, vbi hoc est quasi expressum. ff. de censib. vbi dicitur: Si cum ego fundum possiderem, professus sum, petitor autem eius (exponit ibi glo. id est, qui à me vendicabat) non fuerit professus, actionem illi manere placet, & assignant bonam rationem, quo ad hoc vt vasallus amittat feudum, requiritur quod sit in dolo, alleg. ad hoc tex. nota. in c. fin. vbi dicit tex. ad literam: Si vasallus non dolose per annum & diem steterit, quod à domino sui beneficii inuestituram non petierit, feudum nõ ob hoc amittat, dolus enim abesse videtur, si iusta causa impediente steterit, de prohib. feud. alie. per Lotha. Sed ego nõ dicor fuisse in dolo non possidendo, &c. *Et subiungit Bald. in fi. quod est notatu dignum,*

& valde quotidianum. Et sequitur Paul. de Castr. in d. l. Solennibus, in fin. inquit enim, quod illud dictum Guilhel. & Bald. semper allegetur. Idem tenent Pet. de Cer. Bald. & Aluar. in d. cap. 1. in prin. quæ fuerit prim. caus. benef. amit. vbi dicunt, quod ad petendam nouam inuestituram realem, non sit certum tempus statutum, & ideo Bald. ibi, in verbo, inuestituram petendo, exponit, id est, renouationem inuestituræ. Idem vult Aluar. in d. c. 1. in prin. quo temp. mil. vbi dicit, quod illud c. intelligitur de feudo paterno siue antiquo, vbi per inuestituram nihil traditur, sed renouatur & confirmatur ius antiquum, in qua renouatione est statutum tempus, vt sic, in feudo autem nouo, in quo solum est facta inuestitura abusiua, non est statutum aliquod tempus ad petendum realem inuestituram, & sic de tali feudo seu inuestitura non potest loqui ista litera. Idem dicit Aluar. in d. c. Præterea si quis infeudatus, super expositione literæ, videlicet quod ille textus intelligatur de feudo antiquo, & ideo dixit infeudatus, quoniam in feudo nouo abusiue concesso & promisso, non est statutum certum tempus, & ita ante adeptam realem possessionem: *& mirandum est quod Aluarotus non facit mentionem de Guil. de Cune & Bald. Idem text. in d. c. 1 in 2. column. vers. Sed quid si hæres, quo temp. mil.* si scilicet vasallus non potuerit rem recuperare à tertio possessore: secus si fuisset negligens in recuperando, *& licet ipse hoc non dicit, tamen expresse vult Guil. de Cune. in d. l. Solennibus*, & decisio Guil. videtur sine dubio, quando tractatur de possessione, quærenda autem iam quæsita recuperanda perdita facta domini, qui alium in possessionem induxit *per notata Saly. in d. l. Solennibus, ad finem.* Ex quibus iam clare inferri videtur, quod cum validi ab M. non fuerunt inducti in possessionem prædictorum bonorum possessorum à tertio, & ea recuperare non potuerunt, & ita de eis non fuerunt proprie & vere inuestiti, per dationem scilicet possessionis eorundem, quod præallegata iura disponentia, quod si vasallus infra annum & diem non petierit inuestituram, amittat feudum, in præsentiarum non habeant locum, & per consequens, quod propterea Generosus Comes Philippus, secundo inuestiens, non potuerit inuestituram suam reuocare, ac si validi M. propter non petitam inuestituram infra annum & diem amisissent ius eorum, & ita nec ignorantiam seu errorem suum poterit allega. Nam ex quo, vt ostensum est, etiamsi sciuisset inuestituram infra tempus iuris non esse petitam ab M. non tamē amisissent ius eorum, nec etiam in præsentiarum, vt supra in Responsione deductum est, præsumitur ignotasse hoc, licet alias in dubio præsumitur regulariter ignorantia facti alieni. *l. fin. ff. pro suo.* Cum vrgentior, & magis fortis præsumptio, elidat minus vrgentem & fortem *l. Diuus. ff. de in integrum restitu. l. Si qui adulteri, C. de adulteriis.* Per quæ plus infertur, quod per tantum tempus ab inuestitura Comitis Henrici vsque ad tempus Philippi secundo inuestientis, validi M. amisetint ius eorum, quod cum Comes Philippus iterum inuestiendo eos ad petitionem eorum intelligeretur per hoc renunciasse iuri suo, & ꝙ propterea Comitis Philippi sequentis agnati inuestitura tertia fuerit valida, quam etiam agnati sui, si eius hæreditatem adiuissent, seruare obstricti essent, etiā dato, & nō concesso, quod ex aliquo capite siue causa alias etiam obseruare non tenerentur. † Quum factum defuncti
7 hæres seruare debeat. *l. Cum à morte C. de rei vend. l. Cum ab eo, & ll. ibi in gl. alleg. C. de liberali causa.* Hæres enim & defunctus iuris fictione vna persona censentur. Hinc deciduntur Feudistæ in c. 1. de aliena. feudi pater. quod licet vasallus possessor alienet feudum paternum vel antiquum, aut consensu domini feudi, siue consensu agnati proximioris, talis alienatio non præiudicat ipsi agnato, vt ibi deciditur; Tamen si vasallus & agnatus adeat eius hæreditatē, præiudicat ei; pro tanto, quod contra eum venire non
8 potest, ex alio scilicet capite, quia † hæres & ista inuestitura abusiua & impropria, sine datione possessionis, inter cætera tanquam prælud ialis siue primordialis inuestitura fortificat actionem personalem ex contractu, vt dominus præcise cogatur tradere possessionem seu feudum, si possideat, vel si non possideat, redimere à possidente, *argumento l. Non dubium. ff. de lega. 3. & ita in terminis decidit Præpos. Alex. in d. c. 1. quid sit inuestitura,* & per consequens, si non posset redimere, quod teneatur vasallo inuestito ad interesse, & bene probatur in d. l. Non dubium, in 3. responso, vbi deciditur: Si cui legatum relictum est, vt alienam redimat, vel præstet, si redimere non possit, quod dominus non vendat, vel immodico precio vendat, iustam æstimationem inferat, *& faciunt iura alleg. ibi in gl. super verbo, Inferat, & notata in c. Si facta. si contro. fuerit inter dominum & agna. vasall.* Nec obstat tex. in d. c. 1. de inuest. de re alien. fact. & l. Si fundum. C. de euictionibus, cum hic non simus in materia euictionis, & bona in feudum promissa, possunt à Comitibus ab V. virtute pacti de retrouendendo oblato precio recuperari.

THEMA CONSILII LXXV.

Quod valeat Testamentum secundum statutum vel consuetudinem loci, & quod dispositio testatoris ex præsumpta & coniecturata eius mente extendatur ad casum alium, in quo testator, si interrogatus fuisset, vel de eo cogitasset, verisimiliter idem prouidisset.

SVMMARIA.

1 *Testamentum conditum secundum consuetudinem loci valet & tenet.*
2 *Casus omissus à testatore, habetur pro omisso, & relinquitur dispositioni iuris communis.*
3 *In casu omisso tacita voluntas non præsumitur.*
4 *Prouisio testatoris facta in vnum casum porrigitur ad alium, in quo testator verisimiliter idem prouidisset, si de eo cogitasset, vel interrogatus fuisset.*
5 *Vbi apparet de mente testatoris, non est curandum de verbis.*
6 *Voluntas testatoris censetur regina, & dominatur verbis.*

CONSILIVM LXXV.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Viso testamento prouidi viri H. & diligenter ponderata eius dispositione, ad quæstiones propositas breuibus respondendum arbitror. Et primo, quia asseritur prædictum testamentum esse factum & conditū secundum consuetudinem vel statutū vrbis B. licet careant debitis & requisitis solennitatibus à iure communi ciuili, nihilominus erit firmum & validum. Nec poterit impugnari propter defectum solennitatum. 1

Secundo, cum testator in tali testamento secundum formam statuti vel consuetudinis condito, legauerit domum filiis fratris sui, in illum casum, si scilicet contingeret filiam suam decedere sine hærede masculo ex corpore suo descendente, & filia decedens reliquerit post se filium masculum, sed qui paruo tempore superuixerit, quæritur, vtrum filii fratris ex huiusmodi testamento domum illius legatam petere possint. Et determinatur, quod sic. Et quod prædictæ Responsiones iuri sint conformes, breuiter ostenditur.

Prima

Prima Responsio patet: cum communis & vera opinio Doctorum sit, quod statutum vel consuetudo detraheos solennitatibus iuris communis, ad restamcotom siue vltimam voluntatem requisitis, & ita etiam disponens, quod quis possit testari etiam coram duobus testibus, &c. valeat & teneat. *Ita tenet Cyn. Bar. Bal. Sal. Fulg. & D. Ias. in l. 1. C. de sum. tri. & fid. Cath. Bal. & Sal in l. Si non speciali, & in l. 2. C. de test. Ang. & Paul. de Cast. in l. 3. ff. de test. & probatur per*
1 *iura & rationes, de quibus per Doct. in præallega.* & † cum hoc sit certum, videlicet, quod si ciuis B. testamentum vel aliam vltimam voluntatem, secuodum consuetudinem vrbis B. condiderit, quod tale testamentum valeat & teneat, secundum prædictam communem opinionem, à qua iudicaodo & consulendo non est recedendum, per vulg. noo est in hoc lnc amplius insistendum.

Sed pro maiori euidentia & veritate secundæ Responsionis principalis, oppono fortiter contra eam, videtur enim, quod nullo modo possit procedere, quia præfatus testator in illum casum tantum legauit domom suam filiis fiatris sui, si scilicet contingeret filiam suam mori sine hęrede masculo ex corpore suo. Sed quia ipsa non decessit sine hærede masculo ex corpore, cum reliquerit
2 filium: Et per consequens, † iste casus tanquam omissus remaoet in dispositione iuris communis, virtute vulgatæ regulæ, quæ habet, quod casus omissus à testatore, habeatur pro omisso, & relinquitur dispositioni iuris communis, l. Commodissime, vbi si testator instituerit posthumum in vnum casum, si scilicet qui viuo eo nascatur, oon intelligitur in alium casum, scilicet si eo mortuo nascatur institutus, sicut oec econtra. ff. de libe. & posthum. Et dicit Bald. io Consilio 167. *incipien. Quidam Franciscus carens filijs masculis, donauit, &c* in 2. col. *versic. Quan-*
3 *doque de posthumo cogitauit in fine.* † Quod io casu omisso non præsumatur tacita voluntas, *per text. in l. Militis Codicillis §. Veteranus. ff. de testa. milit.* Sicut alias casus omissus habetur pro omisso, & remanet in dispositiooe iuris communis *l. Si extraneus. ff. de cond. ob caus. l. Si cum dotem, in princip. ff. Solut. matrim. c. Susceptum de rescript. in 6.* Per quæ iura patet, qoodis qui prouidet io vnum casum, non censeatur prouidere in alio casu. Hinc Bald. dicit *in l. Cum proponebatur, in 1. oppos.* qood omissum à testatore in scriptura & prolatione verborum dispositiua, habetur pro omisso. *ff. de lega. 2.* Sed iste casus fuit hic omnino omissus; Ergo videtur qood sit habendus pro omisso. Specialis enim prouisio sic arctatur ad casum expressum, quod non pertinet ad alium *d. l. Commodissime, quam ita ibi sumit Bald.* Per quæ videtur concludendum, quod ille casus remanet in dispositione iuris communis, & per consequens, quod mortua vxore B. S. domos eius pertioeat ad filias filiæ suę ber B. eum defecerit conditio, sub qua præfata domus filiis H. S. fuit relicta.

Sed tamen prædictis & quibuscunq; aliis non obstantibus, decisio seu Responsio secundo data, in præsentiarum manet vera, & non adducendo remota, veritas eius probatur per tex. ad literam, in l. fi. secundũ communem intellectum. C. de posthum. hæred. institu. Nam est ibi casus, *secundum intellectum gloss. mag. in 2. solut. quem tenent ibi Bart. Bald. Ang. Saly. & Alex. de Imo. Barto. Bald. Ang. & Alexan. de Imo. in dict. l. Commodissime. Bald. in d. l. Si cum dotem, in princip.* Quod si testator io testamento suo instituat posthumos, hoc modo dicendo: Si filius vel filia intra spacium decem mensium post mortem meam editi fuerint, hæredes sunto. Vel ita dixit: Filius vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meæ nascentur, hęredes sunto. Et testatori nascitur filius ipso adhoc viuo, intra tamen decem menses à morte testatoris numerandos, quod tamen eius voluntas maneat immutilata, & tamen ibi solum fuit facta prouisio, & ita institutio posthumi in vnom casum taotum, scilicet post mortem testatoris, iuxta 10. mensium spacium nascituri, & tamen exteoditur ad alium casum. Quia ibi secundũ communem & verum intellectum testator in iofirmitate constitutus non cogitauit de illo casu. Sed quia est omnioo verisimile, etiamsi de illo casu, sc. si contingeret filium vel filiam, viuo se tamen iotra 10. menses, &c. nasci, quod idem disposuisset de eo. Et iste intellectus, secundum omnes Doctores, est vetus. Ad idem alludit opt. text. qui secundum Bald. non est alibi, in l. Titius. §. Lucius. vbi Lucius. Titius instituit in testamento suo, id quod neptis sua ruri agens in vtero habebat hæredem ex parte, & partus erat natus hora sexta de mane eodem die, quo testamentũ condebatur, & sic non erat in vtero tempore condiri testamenti, & tamen institutio extenditur etiam ad illom casum non expressum, quia si testator cogitasset etiam de isto casu, idẽ prouidisset de eo. ff. de libe. & posthu. Per quem tex. Bar. & Legist. traduot Regulam ibi, † Quod scilicet prouisio 4
Testatoris facta in vnum casum, porrigatur in alium, io quo testator idem verisimiliter prooidisset, si de eo cogitasset, aut interrogatus fuisset, *& patet etiam per dict. l. fin.* Bene etiam facit tex. in l. Cum res, in 2. Respon. vbi parificat tex. id, quod testator expresse voluit, & quod verisimile est eum voluisse, dum inquit: Nam si alibi voloerit, ibi præstanda est, vbi testator voloit, vel vbi verisimile est eum voluisse, &c. ff. de legat. 1. Per quæ iam patet, in præsentiarum nõ obstate tex. in d. l. Commodissime, &c. Quia regula tradita in d. l. Commodissime, cum simi. supra allega. quæ scilicet habet, quod casus omissus à testatore, habeatur pro omisso, vel quod dispositio facta in vnum casum, non porrigatur ad alium, limitetur per dd. iura, scilicet, nisi ex præsumpta & verisimili, siue coniecturata voluntate, siue mente testatoris siue disponentis, aliod induceretur. Accedit tex. in l. Iam hoc iure, in prin. ff. de vulg. & pupill. substi. vbi testator substituendo vulgaret ex præsumpta eius voluntate, intelligitur etiam substituere pupillariter, & est sing. gloss. communiter approbata in l. Tale pactum. §. fin. in gloss. *in fin ibi, & nota*, dum inquit: Et nota id esse de iure seruandum, licet non sit statutum, quod verisimile est statotum fuisse, si de hoc quæsitum fuisset, &c. ff. de pactis, quæ glo. quotidie ad hoc allegatur. Quod nedum iu legibus & statutis, sed etiam in rescriptis, conuentionib. & in omni dispositione illud habeator pro disposito, ꝙ verisimiliter fuisset dispositum, vel statutum, si disponens fuisset de hoc interrogatus. *& bene facit text. in l. Barbar. in ver. Sed etsi sciisset. de offic. præto.* Et confirmatur nostra decisio per ea quæ not. determioat Pet. de Anch. in Consi. 219. *incip. Mirum prima facie potest videri, &c.* quod si testator, qui senex, infirmus, languens corpore, & diues, habens filios ex prima vxore, nupserit vni puellæ de nobili geoere, pauperi tamen, quæ alias non nupsisset seni languido, & habenti filios ex vxore præmortoa, propter remunerationem quandam in testamento legaret huic vxori suæ iuueni & nobili trecentos flor. si (ecce sub conditione etiam) nuberet per mensem Ianoarii tunc sequentem. Et tamen ipsa nõ nupsit infra dictum tempus, quia testator in tantum vixit, quod infra tale tempus à testatore præfixum, non poterat nubere, quod tamen nihilominus illi debeatur illud legatum. Et probat illam suam decisionem pulchris rationibus, præsupposito scilicet, quod testator fuerit motus ex causa rationabili, in adiicienda tali cõditione, &c. & inter alias hanc rationem assignat, inquiens: Item quis dubitat, quod si testator fuisset interrogatus in casu, in

quo non decederet infra mensem Iannarii futurum, sed postea eâ tunc nubente, viseam habere legatum? & credendum, & verisimile est, quod respondisset: Volo, quia ita subest causa & ratio mouens eum ad legandum post mensem Iannarii, sicut ante, &c. & allegat ad hoc gloss. in d.l. Tale pactum. §. fin. quæ decisio optime facit, vt apparet, ad præsentem casum, vt supra in vulgari sufficienter adductum est, quare hic non repetitur, sed ibi adducta probantur esse iuris. Et bene facit determinatio Sal. in d.l. fin. ad quæstionem ibi per eum motam, vbi quærit: Si testator instituit ventrem vxoris suæ, si masculum pariat, & ei in pupillari ætate decedente; decedēti substituit Gaium. Si vero pareret filiam, prouidit ei legitime, &c. contingit, quod mortuo testatore vxor prægnans decessit, & quod ex ventre secto extractus est masculus, qui post aliquot menses etiam moritur, an Gaius ei substitutus ex pupillari substitutione admittatur. Et videretur, quod non. Quia institutio & substitutio fuit facta de filio, quem mulier pareret. Sed mulier non videtur peperisse. *l. Amiculus, la 1. §. fin. ff. de verb. sign.* Tamen ipse eleganter determinat, contrarium allegando Bald. in suo Consilio, vt ipse refert. Quia extensio etiam fit ad casum similem, ex præsumpta mente testantis, *vt ibi in d. l. si: vt ibi latius per eum.* Refert & sequitur ibi Alexand. de Imo. ad fin. & respondet ad d.l. Anniculus, quia loquitur ibi, quando dispositio erat facta non in fauorem nasciturі, sed in fauorem mulieris. Et bene etiam accedit valde notabilis decisio, quæ scilicet habet, quod si testator filios suos hæredes vniuersales, vxori vero reliquit vsumfructum certi fundi, si vidua remanserit, & vitam vidualem seruauerit, & post mortem eius reliquit talem fundum Titio: accidit quod mulier mortuo testatore non remansit vidua (sicut hodie paucæ remanent viduæ, nescio quo instinctu, sed conuolant ad secundas nuptias) quod scilicet Titius statim debet habere illum fundum, non expectata morte mulieris, & hoc ex coniecturata mente testatoris. Quia ideo reliquit fundum Titio post mortem vxoris, quia credebat quod ipsa remaneret in viduitate, donec viueret, & ita vsque ad mortem. *Et ita decidit Ioan. Andr. post Richar. Ma. referens illam quæstionem fuisse disputatam Bononiæ, in addit. Specula. in tit. de secundis nuptiis, super Rub. per l. Si mulier. ff. Ad Trebel. l. Si mater. C. de instit. & substit. & cum Ioa. Andr. communiter transeunt Doct. vt Bald. in Auth. Quod locum. C. Si mulier secund. nupse. Paul. de Castr. in l. Si quis hæres ita. ff. de acquir. hæred. & in d. l. Si mater.* Alexand. de Imo. in l. Gallus. §. Et quid si tantum, *in fi. 3. col. versic. Adde quod Ioan. Andr. cum princ. sequen.* dicens, quod de illo casu fuerit pridie interrogatus, quod scilicet testator filios suos hæredes instituerit & legauerit vxori suæ mille, quibus frui posset, donec in viduitate & honestate permanserit, & post mortem eius voluit ista mille dari Titio: contingit, quod ista mulier transit ad secunda vota, & concludit, quod Titius ea viuente debeat habere mille, ex præsumpta mente, &c. ff. de libe. & posthum. *Et illam decisionem Ioan. Andr. tenet etiam Ias. in d. §. Et quid si tantum, in 3. colum. versic. Ista doctrina Bart. facit, cum concord. ibi per eum adductis, subiungens quod ista sit vera & communis opinio, & in consulendo & iudicando tenenda, & in d. §. Lucius, & in d. l. Si mater.*

5 Vltimo fortificatur Responsio ista secunda. Quia † vbi appparet de mente siue voluntate testatoris, non est curandum. l. Cum virum. C. de fideicommiss. & l. Si quis filium, alias 3. C. de liber. præteri. vel exhæred. vbi text. ponit pulchra verba, dicens: Cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valet, vt melior sensu existat. Per quæ verba claret, quod voluntas testatoris semper sit magis attendenda, quam verba. Quia † voluntas testatoris censetur regina, 6 & dominatur verbis. *l. In conditionibus primum locum. ff. de conditio. & demonstra. & pulcher textus in c. Sedulo,* quod allegat gl. in d. l. Si quis filium, alias l. 3. in verbo, Sensu, vbi dicitur, ita præponendas esse sententias verbis, vt præponitur animus corpori, *38. distinct. & bonus textus in l. Publius Meuius, in fin. ff. de conditio. & demonstra.* Et sic est optime & irrefragabiliter Responsio secunda fundata: & tertia Responsio est sine omni dubio. Cum de iure communi quilibet sit arbiter & moderator in re sua propria, *per vulga. l. In re mandata, cum simil. C. Mandat.*

THEMA CONSILII LXXVI.

De alienatione rerum Minorum, & pactis super iisdem sine legitimis tutoribus factis, vtrum valeant, vel confirmentur per decretum superioris, sine legitima causæ cognitione surreptitie vel obreptitie impetratum.

SVMMARIA.

1 *In suis hæredibus aditio non est necessaria, sed ipso iure heredes existunt.*
2 *Extranei hæredes dicuntur hæreditatem adire, sui vero se immiscere hæreditati, & quæ sit inter illa differentia.*
3 *Bona minorum immobilia, & etiam mobilia, quæ seruando seruari possunt, non debent distrahi sine decreto, & causæ cognitione, nec etiam cum decreto, sine legitima & iusta causa, vt puta si æs alienum vrgeat.*
4 *Pactum de futura successione amittenda, vel de non succedendo, non valet.*
5 *Non debet quis facere quod alteri officit, & sibi non prodest.*
6 *Confirmationes principum, non tribuunt nouum ius.*
7 *Inferiores principes non possunt supplere defectum solemnitatis, vel formæ.*
8 *Decreta obreptitie vel surreptitie impetrata, nullius sunt momenti.*
9 *Summus princeps sine iusta & legitima causa, non potest tollere ea quæ sunt iuris gentium.*
10 *Coram principe requiritur examinatio, & ventilatio veritatis, quia est de iure gentium.*
11 *Mendax precator omnino carere debet impetratis.*
12 *Non præsumitur quis velle hoc, quod non est consuetum fieri.*
13 *Beneficia principis intelliguntur sine præiudicio tertii.*
14 *Verba in legibus vel rescriptis posita, debent conformari æquitati.*
15 *Beneficia principis, in quantum concernunt præiudicium tertii, strictissime interpretantur, sed quantum ad ipsos concedentes, latissime.*
16 *Maritus non potest præiudicare vxori in rebus paternis vel maternis, sine expresso mandato, vel ratificatione.*
17 *Maritus non potest dari vxori curator.*

CONSILIVM LXXVI.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. In præsenti consultatione pro figuratione casus præsupponitur. Quod Dominus Doctor R. in Christo defunctus, satis opulenta hæreditate, & vxore, & filio, ac duabus filiabus, post se relictis. Et quod dehinc relicta prædicti Doctoris ad secundum matrimonium conuolauerit, factis quibusdam pactis in contractu sponsalitio, per quæ liberis primi matrimonii maxime fuit præiudicatum, quia accepta parua, & exigua

exigua portione renunciarunt hæreditati paternæ, & maternæ, interuenientibus etiam eorum nomine quibusdam amicis, non tamen legitimis tutoribus vel curatoribus. Cum igitur talia pacta consensu amicorum, & etiam nomine filiarum defuncti Doctoris ab earundem maritis sunt approbata, & insuper etiam decreto Principis confirmata, & corroborata: Quæritur, vtrum per illa pacta, seu contractum sponsalitium potuerit præiudicari filiis, in parte hæreditatis paternæ, eis de iure, & ratione consuetudinis delatæ: Et vtrum aliquod robur per confirmationem Principis illis accesserit, ita quod dominium rerum hæreditariarum potuerit per talia pacta ab illis transferri. Et vtrum talia pacta filiis derogent in successione hæreditatis maternæ nondum delata, cum sint de futura successione, matre adhuc viuente, facta. Et ad istas quæstiones ordine responsum, quod non. Et istæ Responsiones confirmantur iuribus, & fundamentis sequentibus.

Quod prædictæ Responsiones, & decisiones, in præsenti consultatione, sint iuri, rationi, & æquitati conformes, est sine omni dubio, pro tanto, quod non esset opus eas vlterioribus allegationibus confirmare. Nam primo euidentissimi iuris est, quod d. Doctor R. in Christo defunctus, iuxta communem vsum Marchiæ B. & vtriusq; vrbis, B. scilicet, & Coloniensis, dimidiam partem omnium bonorum suorum hæreditariorum ab intestato ad filiũ suum A. & præfatas duas filias detulerit, & quod dominium huiusmodi dimidiæ partis statim ipso iure in ipsos translatum sit, cum fuerint in potestate patris, & sui hæredes, & ita etiam fuerint quasi domini talium bonorum in vita patris. l. in suis, vbi text. hoc formaliter dicit, inquit enim: In suis hæredibus euidentius apparet continuationem dominii eorum perdurare, & nulla videatur hæreditas fuisse, quasi hi olim domini essent, qui etiam viuo patre quodammodo domini existimantur, vnde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus est. Itaque post mortem patris non hæreditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem bonorum consequuti. Subiungens hoc ex causa, licet illi non sint hæredes instituti, domini tamen sunt, &c. ff. de liber. & posth hæredib. instituen. l. 1. §. qui sunt in potestate, vbi dicitur: Qui sunt in potestate, statim hæredes sunt, seu ab intestato, seu ex testamento, nec quod se abstinere possunt, quicquam facit. ff. si quis amiss.
1 consf. testa. l. in suis, vbi inquit iureconsultus: † In suis hæredib. aditio non est necessaria, quia statim ipso iure hæredes existunt. ff. de suis & legi. hæred. §. sui, vbi ait Imperator: Sui autem hæredes sunt etiam ignorantes, & licet furiosi sint hæredes, possunt existere, &c. Et sequitur l. litera: & statim morte parentis, quasi continuatur dominium, & ideo nec tutoris autoritate opus est in pupillis, cum etiam ignorantibus acquiritur furioso, sed ipso iure, Instit. de hæred. quæ ab intesta. deferuntur. Liberi autem, qui in potestate parentis tempore mortis ipsius sunt, sui hæredes sunt, & obtinent primum gradum. §. *sui autem, in princ. Inst. de hæred. qual. & differ. §. Instit. de hæredit. quæ ab intestato deferuntur*, & declarat text. in §. sui, quare filii & filiæ, nepotes & neptes ex eis, dicantur sui hæredes, inquiens: Sed
2 sui † quidem hæredes, ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, & viuo quoque patre domini existimantur, Ius enim fingit patrem & filium eandem vocem vtriusque. §. ei, qui, vbi dicitur: ei qui tuo iuri subiectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris, quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur, &c. Instit. de inutilib. stipulat. Imo quod plus est, sicut filii viuo patre, dicuntur quodammodo domini bonorum paternorum, ita etiam eo viuo, dicuntur quasi habere possessionem paternorum bonorum, *secundum glo. in d. l. in suis. ff. de liber. & posth. in verb. Quodammodo, & in d. §. fin, in verb. Existimantur. Instit. de hæred quali. & diffe. per l. 2. §. filium ff. pro hærede, & ita dicit expresse Bart. in d. §. filium, al. ar fin. in versi. venio, & oppono, extra gl. Bal. in repet. d. l. in suis, in 4. opposit. & ibi Alex. de Imo in 3. colum. versi. vt aliter potest procedere, post Ange. & Rapha. Cuma. & D. Ias. ibi in 4. colum. cum princip. seq. Per quæ patet, non obstare glo. in l. cum miles. ff. ex quibus caus. maior. & glo. l. cum hæredes, in princ. ff. de acq. poss.*

Propterea hæredes extranei, & ita non sui, per solam aditionem hæreditatis sibi delatæ sine omni apprehensione corporali acquirunt dominium, & omnia iura, quę defunctus habuit tempore mortis, licet non possessioně, sine apprehensione. *l. cum hæredes. in prin. ff. de acquir. poss.* Et licet ista acquisitio dominii rerum hæreditariarum sola aditione hæreditatis sine traditione, seu apprehensione earundem, sit de iure ciuili, & non de iure gentium, *& patet per l. lege obuenire. ff. de verbor signific. & notat glo. in l. 1. in verbo, Ciuitatis in fin. ibi, dum inquit, bonorum possessione aditione. ff. de acq. rerum domin. glo. & DD. in l. ex hoc iure in ff. de iusti. & iure Bart. in l. in rem actio in prin. vers. quæro qui sunt modi, per d. l. cum hæredes. ff. de rei vendic.*

Tamen tale dominium est etiam de iure gentium, quamuis ius acquirendi sit de iure ciuili tantum, *secundum Bar. & Doctor in l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iure.* & ita Bal. in specie etiam dicit, quod dominium post aditam hæreditatem acquisitum, sit de iure gentium, licet modus acquirendi sit de iure ciuili, *in l. 1. ante finem, ibi. & hoc maxime verum est. C. de iur. aureorum annulo. Alexan. de Imol. in d. l. cum hæredes, ad finem. 2. versicul. puto quod etiam, cum concord. ibi per eum adductis.*

Quanto magis sui hæredes immiscendo se hæreditati paternæ, &c. dicuntur acquirere dominiũ rerum hæreditariarum? Nam extranei adeunt hæreditatem, sui vero immiscent se, *vt patet per text. in l. eum demum, in prin. cum similibus ff. de acquir. hæredita. §. extraneis. Institut. de hæred qual. & differen.* quam differentiam inter immiscere, & adire, ponit glo. in d. l. eum demum, & vnum plus est altero, quia adire est de nouo acquirere, immiscere vero est acquisitionem factam per legem acceptare: hæreditas enim non est acquisita extraneo antequam adeatur. *l. pretia rerum. ff. ad legem Fal.* sed in suo hærede antequam se immisceat, est acquisita, & immixtio facit etiam acquiri cum effectu, &c. *Ita declarat Bart. in l. gerit, in 2. colum. versi. posita ergo omnipotentia, de acquirend. hæredita. & post eum Paul. de Castr. in dict. leg. eum demum*, & ratio patet per tex. nota. & pulcherrimum, quem ibi ita appellat Bartol. licet vulga. in l. cum ratio, in princip. vbi dicitur: Quod ratio naturalis quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem adiiciat, velut ad debitam successionem eos vocando. ff. de bonis damna. & in l. scripto, in fin. vbi dicitur: Non sic parentibus liberorum, vt liberis parentum debetur hæreditas, cum parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittat, liberos naturæ simul & parentum commune votum. ff. vnde liberi, ideo † & bona immobilia & mobilia, quæ 3
seruando seruari possunt, infantium pupillorum, & minorum, etiam cum autoritate tutorum, vel curatorum, & decreto Iudicis sine iusta & legitima causa, æris scilicet alieni, &c. vendi, donari, siue quouis alio titulo in alium alienari, & eis auferri non possunt, pro tanto, quod huiusmodi alienatio siue abdicatio sine tutorum vel curatorum authoritate, & sine præcedenti sufficienti causæ cognitione, legitima & iusta causa, & decreto Iudicis facta fuerit, sit ipso iure nulla;

& penitus inualida, vt patet ex oratione Imperatoris Seueri in Senatu recitata, Theophilo & Clemente Consulibus, cuius verba hæc sunt: Præterea patres conscripti, interdicam tutoribus & curatoribus, ne prædia rustica, vel suburbana distrahant, nisi & id fieret parentis testamento, vel Codicillis cauerint, & ponuntur in l. 1. post prin. ff. de reb. eorum, & sequitur ibi in text. quod si forte æs alienum tantum erit, vt rebus cæteris non possit exolui, tunc prætor vrbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet, quæ possint alienari, obligarive debeant, manente pupilli Actione, si postea potuerit probari, obreptum esse prætori, & dicit text. ad literam in l. magis puto. §. pen. si æs alienum non interueniat, tutores tamen allegent expedire hæc prædia vendere, vel alia comparare, vel certe istis carere, videndum est, an prætor debeat eis permittere, & magis est ne possit. Subiungens: prætori enim non liberum arbitrium est datum distrahendi res pupillares, sed ita demum, si æs alienum immineat. Proinde etsi promiserit ære alieno non allegato, consequenter dicemus nullam esse venditionem, nullumque decretum, non enim passim distrahi iubere prætori tributum est, sed ita demum si vrgeat æs alienum. ff. eo. scilicet, de reb. eo. l. ob æs, vbi dicitur. Ob æs alienum tantum causa cognita præsidiali decreto, prædium rusticum minoris, prouinciale distrahi permittitur, vel aliis causis legitimis, ibi in glo. positis, & l. si prædium rusticū, vbi inquit text. Si prædium rusticum, vel suburbanum in pupillari ætate constituta tutore autore, vel adulta sine decreto præsidis prouinciæ, in qua situm est, vnum dedisti, secundum sententiam Senatusconsulti, dominium eius, siue ius, à te discedere non potuit, imo si minor 25. annis aliud prædium quam quod debebat in solutum dederit, tamen autoritas Senatusconsulti dominium eius ab eo discedere non permittit. *l. si minor.* Nec sufficit, quod coram iudice proponatur causa alienationis, legitima & iusta, nisi ipsa perfecte probetur, ad hæc, vt decretum suum interponere possit alienationi, quod est notandum ad hoc, *secundum Sa. ibi, C. de prædiis.* Et ista sunt clariora claro per dd. ll. & multas alias, & patet etiam per rub. C. de prædiis minorum, quæ dicit de prædiis, & aliis reb. minorum sine decreto non alienandis, vel obligandis: tutor enim vel executor, cui permissa est facultas alienandi rem minoris, ad soluendum æs alienum, secundum Bart. in d. l. 1. in fi. prin. non obstante gl. in l. prædium. C. quando decret. opus non est, quia communiter reprobatur secundū eum ibi, ff. de reb. eor. Et assignat rationem, quia quamuis quis habeat mandatum generale, tamen ex bona fide gerere debet *l. creditor. §. Lucius. ff. mandati.* sed iste qui vendit meliorem, cum deteriorem sufficeret vendere, non est in bona fide, *& ita vult alia gloss. valde notab. in simili, in l. quamdiu, ibi, sed quid si plura. C. de distract. pig.* Per quæ plus quā liquido patet, quod si sæpenominatus contractus sponsalitius fuisset celebratus, etiam à legitimis tutoribus vel curatoribus liberorum Doctoris A. R. in Christo defuncti, & interuenisset decretum iudicis, & etiam præcessisset causæ cognitio, quorum nullum tamen hic interuenit adhuc, nullius momenti, sine roboris fuisset, quātum ad bona paterna eorundem, & ita quod per talem contractum nullo modo potuisset auferri dominium huiusmodi rerum paternarum, nec ab eis discedi, sed quod nihilominus haberetur pro non facto, quantum ad præiudicium dominii eorum. Ex quo nulla penitus subfuit legitima, & iusta causa eiuscemodi res paternas eorum alienandi, seu in eorum vitricū A. G. transferendi. Quanto magis hoc procedit in præsentiarum, vbi nullum eorum interuenit, cum præfati F. S. & K. R. nec tutores, nec curatores liberorum doctoris fuerint, nec aliquod mandatum à proximioribus eorum habuerint, imo matre & auunculo eorum reclamantibus, &c. nec iudicis decretum interuenerit, nec aliqua causæ cognitio præcesserit, & claret per text. rotundum etiam vltra prædicta, in l. qui neque, in prin. dum inquit: Qui neque tutores sunt ipso iure, neque curatores, sed pro tutore negotia gerunt, vel procuratore, eos non posse distrahere res pupillorum, vel adolescentum, nulla dubitatio est, & dicit ibi Bar. tene menti istam l. quæ est vtilis ad practicam, & Theoricam, & signa bene ipsam, & conserua. ff. de reb. eorum, & c. *l. si u. qm. ff. de eo qui pro tutor. vel curator.* & tutor non testamentarius, nisi satisdederit, administrare non potest, & si fecerit non valet *l. in dubium, ibi, nec ea, quæ ab eo gesta sunt, vllam firmitatem obtinent*, & subiungit: frustra igitur auxilium in integrum restitutionis desideras, quando ea quæ ab eo gesta sunt, ipso iure nulla sunt. *C. de tuto. vel curato. qui non satisde.* Insuper indubitati iuris est, quod in sæpenominato contractu sponsalitio, nec potuit auferri liberis præfati Doctoris R. ius futuræ successionis maternæ hæreditatis, etiamsi ipsimet pacto expresso, non tamen iuramento firmato, sponte & libere renunciassent hæreditati maternæ futuræ, & ita nondū delatæ, † cum tale pactū tanquam contra bonos mores sit ipso iure nullum. l. pactum 4
dotali instrumento. C. de coll. l. fin. vbi iureconsultus etiam assignat rationem. Pater instrumento dotis comprehendit filiam, ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hæreditate patris speraret, eam scripturam ius successionis non immutasse, constat, & sequitur ratio in tex. priuatorum eum cautiones legum autoritati non derogare. ff. de su. & legit. hæred. Et pulchram rationem prædictarum rationum assignat D. Iaf. in d. l. pactum, *in 1. colu. vers. nota ex hoc tex.* Quia aditio, & repudiatio hæreditatis pari passu ambulant, cū ille possit repudiare, qui adire potest, & econtra *l. nec is, & l. si potest ff. de acq. her.* sed hæreditas viuentis nō potest adiri *l. qui superstitis. ff. eo. tit.* ergo viuentis hæreditas non potest repudiari. Et hoc pactum de non succedendo, non valet etiam de iure Canonico, si non fuerit à renuntiato iuramento firmamentum, *cap. 1. de pact. in 6.* Et sic patet, quod si liberi sæpe præfati Doctoris R. fuissent tempore contractus sponsalitii maiores 25. annis, sicut tamen non fuerunt, & ipsimet fecissent matri vel vitrico eorum pactum de non succedendo matri; quod tamen tale pactum fuisset & ipso iure nullum. Quanto minus F. S. & C. R. potuerunt eis præiudicare in hæreditate materna futura, per eorum improbum factum, & omni iure damnatum, nec aliquo iure, consuetudine, vel statuto excusabile, cum immiscuerunt se omni dispensationi alienarum rerum, præfatorum scilicet pupillorum in eorum præiudicium & damnum, licet nulliter, & de facto, quare in lata culpa, quæ dolo æquiparatur, deprehensi fuerint. *l. culpa. est. ff. de reg. lib. ven. iuris. cap. non est sine culpa, de reg. iur.* homo enim homini officium debet. l. seruus; in fin. ff. de seruis expot. & sic est ibi text. quod quilibet debet esse intentus, vt alii prosit, & non noceat, secundum glo. ibi, in verbo, Efficit, in fin. l. in fundo, ibi, neque enim malitiis indulgendum est. ff. de rei vend. quem tex. ibi expresse ad hoc notat Bald. dum dicit, tertio † nota, 5
quod quis non debet facere id quod alteri officit, & sibi non prosit, subiungens: istud est contra officium, quod debet homo homini, secūdum naturam legis. l. 2. §. Item Varus, adde in fin. dum dicit text. Factum quidem mihi prodesse potest, ipsi autem nihil nociturum est, hoc æquitas suggerit, etiam si iure stricto deficiamus. ff. de aq. plu. arc. *& bonus text in l. si cui, ibi, cum id æque commodi, iuncta glo. fin. & quæ ibi dicit Bart. ad fin. ff. de seruitut.* Hinc dicit tex. in

l. vt

l. vt vim. ff. de iusti. & iure, quod natura inter homines constituit cognationem quandam, ideo consequens est, quod hominem homini insidiari nefas sit, per quæ patet, quod sæpenominati S. & R. & alii descripti in inualido contractu sponsalitio, quoad præiudicium antedictorum liberorum, non solum nulliter & inutiliter, sed etiam culpabiliter, & perperam egerunt, conando scilicet, quantum in ipsis fuerit, officere præfatis pupillis, & eis offerre pro modico, & valde exili bona paterna eorum eis quæsita & obuenta, & vltra hoc ipsos priuare hæreditate materna futura. Cum ergo ex prædictis inconuincibiliter pareat, quod prima, & principalis, & decisio, & responsio, vera, firma, fixa, & plus quam indubitata sit, videlicet, quod sæpedictus contractus sponsalitius, quo ad antedictos liberos, in præiudicium hæreditatis paternæ, & maternæ eorum, nullius momenti, neque roboris sit, Vnd also/daß die Eheberedung/ so viel dieselbige jre Vätterliche vnnd Mütterliche Erbschafft vnd Güter belanget/ nichtig/nachlaß/ vnnd vnbündig sey/ appatet etiam luculenter & euidenter veritas omnium aliarum decisionum & responsionum datarum ad alia quæsita. Et in primis, quod confirmatio illustrissimi Principis Electoris B. super huiusmodi contractu inualido, inutili, & nullo, fue-
6 rit nulla, & inefficax: † Cum regulariter etiam confirmationes summi Principis, vt Papæ, vel Imperatoris, in forma communi nouum ius non tribuant, text. est notab. in c. quia diuersitate, ibi, non obstante confirmatione à sede Apostolica obtenta, sub forma communi, &c. iuncta glo. ibi super verbo, Forma omnium, in prin. de concess. præbend. innuit enim ibi glo. quod per confirmationem ius nouum non creatur, *vt patet per text. in c. cum dilecta, & c. 1. quasi per totum, de confir. vtil. & inutil.* sicut nec inuocatio priuilegii ius nouum tribuit. c. quia intentionis, vbi dicit text. Cum inuocatio nec ius nouum conferat, nec tollat vetus, te in eodem statu esse volumus, in quo tempore impetratæ inuocationis dignosceris extitisse, cæterum nullum per hoc intendimus iuri, alias eidem Monasterio competenti præiudicium generari, de priuileg. l. & quia, vbi confirmans non dicitur dare. ff. de iurisd. omn. iud. & est bonus text. scilicet, qui confirmans non dicitur dare. *in l. si donata. §. si sponsus. ff. de donat. inter vir. & vxor.* &
7 quid opus est pluribus in terminis nostris, † cum indubitatum sit, quod inferiores ab Imperatore, vt Duces, Marchiones, Comites, &c. etiam ex certa scientia, non possunt supplere defectum solennitatis, vel formæ, & ita quando Actus solum de iure ciuili est nullus, licet secus sit in Papa vel Imperatore, *secund. DD. in cap. 1. per illum text. de transactio. & ante eos Specul. in titu. de legato. § nunc ostendendum. versicul. 18.* & est gloss. notab. in ca. fin. *in verb. Figura, vers. inferior à Papa*, de hære. in 1. & pro gloss. in d. c. fin. quæ vult, quod etiam legatus à latere non possit committere causam simpliciter, & summarie, & ita supplere defectum solennitatis, siue formæ, *est bonus text. in l. nequicquam, in §. fin. & ibi Bald. ff. de off procons. quem ad hoc citat Philip. Franc. in d. ca. fin.* Confirmatio tamen Papæ vel Imperatoris non supplet defectum naturalem, & ita defectum iuris naturalis vel gentium, puta consensus, &c. secundum Spec. in loco supra allega. vbi dicit: Quod hæc clausula in rescripto Principis, & ita Papæ vel Imperatoris posita, scilicet supplentes defectum, &c. refertur tantum ad solennitates iuris, non autem defectum personæ, vel alium defectum naturalem, & pulchre Archid. in Cenomanicẽsem, 56. dist. vbi inquit: quid si illa clausula, supplemus, de plenitudine potestatis, si quis fuisset defectus, ponatur forte in priuilegio, quod tantum intelligitur bene dispensatum esse in defectu, si quis fuit circa solennia iuris, non autem si is, de quo agitur, erat excommunicatus, vel illegitime natus, vel alium defectum naturalem patiebatur: nam tunc est necessaria expressa dispensatio. *Refert & multum notat Panorm. in d. c. 1. in 5. notab. de transact.* Præterea est sine omni dubio, quod inferior ab omni Imperatore non possit confirmare contractum ipso iure nullum, etiam propter defectum naturalem consensus, scilicet partium. *Et patet per ea quæ habentur in cap. 1 & 2. de confir. vtil. vel inutil. in d. cap. 1. de transact. text. in l. ff. de prio. ff. de adep.* Cum autem Princeps hoc non possit saltem de ordinaria potestate, præfata autem conuentio, quoad liberos, &c. nedum fuit nulla propter defectum solennitatis iuris ciuilis, scilicet præcedentis causæ cognitionis, item interpositionis decreti præsidialis, vel Iudicis, &c. sed etiam ratione defectus iuris gentium, vel naturalis, scilicet consensus ipsorum liberorum, vel eorundem legitimorum tutorum, vel curatorum inualida & inefficax fuit, & per consequens per Principem Electorem non potuit confirmari, nec eiusmodi defectus Iuris ciuilis, & naturalis siue gentium, per suam Celsitudinem potuisset suppleri, cum sua Celsitudo met non potuisset in præiudicium pupillorum, sine eorum expresso consensu, vel tutorum eorundem, &c. dictam cõuentionem fecisse, vel ad eam faciendam seu ineundam cõsensum adhibuisse, & ex iam adductis claret. Nam summus Princeps non possit in confirmatione supplere defectum naturalem, puta defectum consensus, nisi esset contractus, qui non penderet à potestate partium, sed à mera facultate ipsius Principis, vt patet in contractu super rebus Ecclesiasticis. *Et pulchre notat Imol. in d. cap. 2. de confir. vtil. vel inutil. Panor. in l. cum dilecta.* Et de inferiore à Principe nullum est dubium, quod non possit confirmare Actum vel contractum pendentem à potestate contrahentium sine eorum consensu, vt iam ostensum est, *& expresse etiam Imol. in dict. cap. 2.* de quo est etiam apertus text. in c. fin. de confirm. vtil. vel inutil. vbi legatus à latere, qui est superior omni ordinario, non potest concedere vni ecclesiæ aliam, in præiudicium iurium diœcesani ipsius loci, & quod confirmatio Papæ etiam super ea secuta, non lædat iura diœcesani competentia sibi in tali Ecclesia. Et non solum confirmatio etiam summi Principis facta in forma communi, quando fit sine causæ cognitione, & intelligitur facta sub conditione, si ius habeat, vel iustitiam foueat, is pro quo confirmatio est facta. *d. cap. quia diuersitatem cum gloss. d. cap. 1. & glo. in d. cap. 1. in esse exorta, de confirma. vtil. vel inutil.* Sed etiam si confirmatio facta ex certa scientia, tamen surreptitia, tacita scilicet veritate, vel expressa falsitate. d. c. 2. ibi, aut certum sit, quod sint per falsi suggestionem elicitæ, † sicut etiam regulariter impetrationes & concessiones Imperatoris vel Papæ, obreptitiæ siue subreptitiæ in effectu non valent. l. præscriptione, & ibi Legistæ, C. si cont. ius vel vtil. publ. c. super literis, vbi optime habetur, quod surreptio dolosa, tacita scilicet veritate, vel expressa falsitate, vitiat & annullat concessionem Papæ, idem si fuerit surreptio ex simplicitate, siue ignorantia, si fuerit causa inductiua concessionis, *& est ibi melior text. de iur. in d. cap. super literis. & Canonistæ ibi de rescript.* Sed clarius claro est, quod si illustrissimus Princeps Elector B. fuisset instructus de nullitate, & inefficacia sæpe prætacti contractus sponsalitii, narrando scilicet suæ illustrissimæ dominationi veritatem, scilicet, quod fuerit factus sine tutoribus pupillorum, siue decreto, & quod ipsi plus vltra dimidium hæreditatis paternæ & maternæ, fuissent læsi, & quod in eo contineretur in effectu renunciatio futuræ hæreditatis maternæ, pro modica, & parua quantitate, nullo 8
modo

modo confirmasset, sicut de iure coofirmare oon potuit.
Per quæ etiam plus quam manifeste infertur, quod in-
feudatio facta à sua Celsitudine Andreæ G. & suis hære-
dibus masculis, &c. de quatuor millibus ab H. à G. pro-
pter suam importunitatem, &c. surrepticie & obrepticie
obtenta, qoo ad præiudicium bonorũ paternorum, vir-
tute communis coosuetudinis, &c. præfatis liberis dela-
torum, & etiam quo ad hæreditatem maternam eorum
nullius penitus sit valoris, sed pro non habita & facta æ-
stimanda est, cum nullo modo præsumatur, nec verisi-
mile, nec credibile fuerit, auferre siue tollere ius, & do-
minium iam quæsitum præfatis liberis io bonis paternis,
& alteri applicare, vel eis præiudicare, in hæreditate ma-
terna futura, sicut etiam oon potuisset, cum nec Papa,
nec Imperator hoc possit, saltem de ordinaria potestate,
siue legitima & iusta caosa, *secundum gl. Bart & Legist. in l. fin.*
C. si contra ius vel vtil. publ. glo. & Canonista in c. quæ in ecclesiarum,
9 *de constitutio.* Et † quod summus Princeps non possit tol-
lere ea, quæ sunt iuris gentium, patet per text. ad literam,
in c. 1. in fio. dum inquit: Nec oos contra maodatam par-
tem aliquid possumus diffinire, de caus. poss. & proprie.
Cle. pastoralis, dum inter cætera in fin. inquit: Cum illa
Imperatori tolli non licuerit, quæ iuris naturalis existunt,
de sen. & re iud. & probatur per text. io l. fio. iuncta gloss.
ibi, C. de leg. quæ vult noo valere seotentiam Priocipis
sioe citatione latam, etiam in causa cioili. Pars eoim ideo
citanda est, vt possit se defendere, quæ defensio est de iu-
re geotium, seu naturali, & ideo non potest auferri. Ita
pulchre decidit ibi Bald. *per illum text. cum glo. & alleg. ad hoc*
l. 3. §. si ad diem. ff. de re milit. d. Clem. pastoralis. Sequitur & refert
10 *Panorm. in d. cap.* & plus dicit, in d. l. fio. scilicet, † quod co-
ram principe requiritur examinatio, & ventilatio verita-
tis, quia inquisitio veritatis est de iure geotium, vnde li-
cet solennitates legales ooo teneatur Princeps obserua-
re, obseruantia tameo iuris gentium ooo debet deesse,
quia pertinet ad naturalem æquitatem, & hoc est quod
vult litera, dum dicit cognitio oaliter. Subiungens: quam
bene nota. Hinc pulchre etiam ioquit Aogel. io l. Prin-
ceps, quæro an etiam in seotentia principis requiratur
ordo, qui est quasi iuris natoralis, vt scilicet pars citetur
ad defensionem. Et coocludit post Inooc. in c. qoemad-
modum, de stato Monach. quod Prioceps sit suppositus
iori diuino, & oaturali. ff. de legib. Dominium autem re-
rum hæreditariarum per solam aditionem hæreditatis
veoientibus ab intestato sine corporali apprehensiooe
eorum acquisitum (licet modus acquirendi sit iuris ci-
uilis) de iure gentium, vt supra probatum est. Et ideo e-
iam Princeps, Imperator scilicet, non posset ipsum sine
causa hæredibus auferre. *Ita in specie decidit Bald. in l. 1. in fin.*
C. de iur. annul. in cap. 1. in princ. in tit. hic finitur lex. Deinde consue-
tudines regni incipiunt. Alexand. de Imo. in d. leg. cum hæredes, in prin.
cum concord. per eum adduct. ante fin. 2. colum. versi. puto, quod etiam
ante apprehensionem possessionis. Quanto magis hic procedit in
suis hæredibus, qui etiam io vita patris quodammodo
sunt domini rerum paternarum, & sic luce meridiana
clarios patet, qood prædicta infeudatio liberorum Do-
ctoris R. in Christo defuncti in bonis hæreditariis, & ma-
ternis eorum, nullum penitus præiudicium intulerit, oec
afferre potuerit. Et per consequens ex prædictis claret,
nec consensus illustrissimi Principis Electoris, concessus
A. G. de obligaodis bonis, &c. vsque ad mille & quingen-
tos flor. & commissio facta Consulatui Coloniensi de a-
scribendis bonis à patre eorum relictis dicto G. vitrico,
&c. & secuta ascriptio & assignatio in boois & rebus pa-
ternis & maternis ipsorum, ipsis io aliquo præiudicare
potuerit. Et ita, qood prædicta omnia, quo ad bona eo-
rum, sint nulliter, & inualide attentata, & à G. surreptitie
& obrepticie obteota, quod etiam manifeste apparet ex
eo, qood io sua sopplicatione Priocipi Electori essent
contenti de receptis de hæreditate pateroa eorum, & do-
lose, & fraodulose in ea tacuerit, quod ipsis reseruatum
esset in compositione facta coram G. F. integrum ius hæ-
reditatis materoæ, quo tanto etiam obtinuit recognitio-
nem confessionis ipsorum, &c. coram Consulatu in Co-
lonia, &c. Ideo ista surreptio, siue obreptio, tãquam cau-
sæ impetratæ commissionis principum Electorum, & a-
liorum, ipso iure vitiat impetrata siue obtenta. d. c. super
literis. & ita limitatur tex. in c. fin. eo tempore, de rescript.
& pulchre declarat Panor. in c. sedes, in 2. col. sed contra hoc est tex. in
fi. ibi, potest dari & tertia limitatio, de rescript. & Fel. ibi, in fi. 1. colu.
& est, vt patet, text. de hoc in d. c. super literis, secuodom
Panor. ibi, io 1. notab. quod surreptio dolosa, siue in falso
exprimendo, siue io vero taceodo, vitiat coocessionem
vel rescriptum in totum, etiamsi cootineret diuersa & se-
parata capitula, etiamsi surreptio noo fuerit causa obti-
oendi omnia, quod dicit esse valde notandũ, quia si hoc
habet locum io literis contentiosis, multo magis io lite-
ris gratiosis. & patet per Panor. in c. cæterum, de rescript.
& sic secundum eum, quoad hoc, parificantur taciturni-
tas veri, & suggestio falsi. † Mendax enim precator peni- 11
tus debet carere impetratis. *d. c. sedes*, cum dolus & fraus
nemini patrocinari debeant. *d. c. sedes, &c. sequens. de rescript.*
c. ex literis, de dol. & contu. l. non debet. in fi. iuncta l. sequitur, quæ dicit:
ne ex dolo suo lucrentur. ff. de dolo.

Vltra prædicta claret etiam nullitas & surreptio, tam
in vero tacendo, quam in falso exprimendo supradictæ
infeudationis de quatuor nullitatibus, &c. propter scil.
omissionem consuetæ & solitæ clausulæ, quæ solet io li-
teris feudalib. inseri scilicet, sine modo tameo & cuiusq;
&c. præiudicio, *& c. porrecta. & ibi Pan. in 2. notab. de confir. vtil.*
& inutil. Et ad hoc optime facit text. in c. 1. *circa prin. in versi.*
sicut vasal. debet, in titu. qualiter vasallus iura. deb. & quod
ibi Bald. oota. per illum text. *in dict. versi. decidit*, quem et-
iam ad hoc dicit aureum, videlicet, quod iurameota ex-
torta cootra antiquam consuetudinem dicaotur impres-
siua, & dicit se ita respondisse cuidam magoifico viro,
cum io ai duo facto coosulenti, & Angel. in l. fin. Cod. de
Canone largi. tit. lib. 10. Quod excusetur citatus non
comparens, quando citatio habebat verba non consue-
ta, pota cum de stylo illius loci diceretur in citationi-
bus, sub pœna 10. librarum, & in ea diceretur sub pœna
æris, & personæ, & idem dicit de bulla insolita. *Refert &*
sequitur D. Ias. in l. testamentum, in fin Cod. de testam. Et quod singu-
lariter Bald. in l. fideicommiss. §. si seruo, per text. ibi, cum verbo,
Non reliquisset. Digest. de legat. 3. Quia † noo præsumatur 12
quis velle id, quod non est consuetum fieri, licet sit pos-
sibile, dicens hoc esse beoe notandum. Subiungens: id
autem, quod est consoetum, videtur quis velle, *& Cod. de*
fideiusso. l. fin. & pro tanto, si Clericus secularis impetrat
præbendam, quæ non est consueta Clericis secularibus
assignari, licet Papa omnia possit, non valet impetratio,
quia ooo præsumitur fieri de meote Papæ, etiamsi Papa
faceret nutu proprio, non probetur scientia, &c. Quare
nollo modo præsumendum, Principem Electorem vo-
luisse iudicare A. R. & sororibus eius io eorum bonis pa-
ternis, iam eis acquisitis, & io personis eorum radicatis,
oec in bonis maternis, quærendis, &c. potissimom † eum 13
concessiones, beneficia siue priuilegia etiam Papæ vel
Imperatoris, qui tamen supra legem sunt. *d. leg. Princeps, &*
can. proposuit, de concess. præbend. intelligantur sine præiudi-
cio tertii, & cuiuscunqoe. *l. 2. §. merito, ibi, vt sine iniuria*
cuiusque fiat. & ita solet Princeps, quotiens aliquid noui
operis

operis instituendum petitur, permittere. §. si quis à Principe, vbi dicitur: Si quis à Principe simpliciter impetrauit, & in publico loco ædificet, non est credendus sic ædificare, vt cum incommodo alicuius id fiat, &c. ff. ne quid in locu publico. l. nec auus, vbi dicit Imperator. Nec auus neptem suam liberare potestate cogitur, nec in cuiusquã iniuriam beneficia tribuere moris est nostri. C. de eman. libe *cum concor. ibi in glo. in verbo, Iniuriam, adductu*. c. quamuis, dum dicitur in fine, cum talis restitutio, vbi aliud non exprimitur intelligatur fieri sine iuris præiudicio ali. de rescript. in 6. Et sic est ibi casus rotundus, quod etiam summus Princeps nunquam præsumitur velle tollere ius alteri quæsitum, etiamsi rescribat in materia, in qua possit ius alteri, pro sola sua facultate auferre, eiusmodi est dispositio in materia beneficiali, quæ pendet à mera facultate Papæ, *& d. c. proposuit, & c. 2. de preben* l. cum filiusfamilias, in fin. dum inquit: Veruntamen alienum ius minuere non potest. ff. de testam. milit. Voluntas enim Principis intelligitur talis, qualis debet esse de iure communi. *text est notab. & ibi Bald. & Moder. in l. ex facto ff de vulg. & pupill. substit.* & est gloss. multum elegans, in c. paratus, in verbo
14 scilicet, Verba, quæ dicit, † quod verba in rescriptis posita, vel in l. debemus cõformare æquitati, licet verba hoc non patiantur, 23. quod & glo. in c. alligant, iuncto text. 26. q. 6. dicit, quod verba generalia, quæ Princeps ponit in priuilegiis, tu non debes tenaciter, & stricte interpretari, & Bal. in c. ad aures, de rescript. dicit: Quod etiamsi Papa vel Princeps scribat cum clausula proprio motu, & de plenitudine potestatis, cum eius intentio per hoc non præsumitur, quod alius per hoc grauetur, nec quod alius iniuriam patiatur. *Refert & sequitur D. Ias. in d. l. ex facto, in princ. in 4. nota* & Bald. in d. l. nec auus, ait, quod vbicunque rescriptum Principis traheretur ad iniuriam alterius, præsumitur subreptitium, nisi appareat de certa scientia Principis, quia ius quod conceditur, est solius Principis: sed vbi solum agitur de iure Principis, tunc latissima fit interpretatio. Hinc tradit Innoc. pulchram Theoricam
15 communiter approbatam *in c. cum dilecti. de dona.* † Quod priuilegia siue beneficia Principis in quantum tangunt ius ipsius concedentis, debent latissime interpretari. l. fi. quæ ita debet intelligi. ff. de constitutio. sed in quantum respiciunt dominium, vel preiudicium tertii, debent strictissime interpretari, *vt d. c. cum dilecti. c. olim, de verb. sig. c. ex tenorum. de autor. & vsu pallij, vt patet per iura supra alleg.* Per quæ iam vltra supradicta inconuincibiliter sequitur, non solum quod omnia prædicta, scilicet infeudatio, consensus adhibitus, & commissio ad consulatum in Colonia illustrissimi Principis Electoris B. nullum penitus præiudicium filio, & filiabus Doctor. A. R. in Christo defuncti, nec in bonis paternis, nec in maternis eorundem, eis iam quæsitis & quærendis, afferre potuerunt, sed quod etiam non præsumatur, quod voluntas vel mens illustrissimæ suæ dominationis fuerit eis in talibus contra ius naturæ, diuinum, positiuum, & omnem æquitatẽ in aliquo præiudicare, damnificare, vel grauare, cum etiam hoc non præsumeretur in supremo Principe, qui solutus est legibus, & iure positiuo solutus, non tamen iure naturæ, nec diuino, & est sine scrupulo. Insuper etiam † est clarissimi
16 iuris, quod mariti prædictarum duarum filiarum sine speciali, & specifico mandato eorum, nec paciscendo, nec quietando, nec confitendo, nec per aliquem alium Actum, potuissent ipsis præiudicare in bonis paternis & maternis earum, cum in huiusmodi bonis nullum habuerunt mandatum, nec expressum, nec tacitum à lege, ideo in eis maritus non dicitur procurator, licet tanquam coniũcta persona posset agere pro talibus bonis maternis, dummodo caueret de rato, in star aliarum personarum, coniũctarum *l. maritus, cum ibi nota. C. de procura.* Imo isto casu, si sententia feretur contra maritum, non præiudicaret vxori, nisi postea sententiam ratam haberet, *vt per DD. in d. l. maritus.* Et † constat, quod de iure communi 17
maritus non potest esse curator vxoris suæ. l. maritus, vbi dicitur: Maritus etsi rebus vxoris suæ debeat affectionẽ, tamen curator ei non potest creari. C. qui dar. tutor. vel curator. & licet ibi gl. assignat rationem, quia si male gerat vir, vxor propter affectionem remitteret, tum Salice. ibi dicit, quod ratio est magni præiudicii, quod posset vxori generari ex mala gestione mariti, nec ipsa posset eũ reuocare, cum ab eo non sit datus. Et dato, quod ex consuetudine Marchiæ maritus esset curator vxoris, & ita adultæ, tamen adhuc ei præiudicare non posset, nec aliquem alium actum sine ea exercere, seu celebrare, sicut nec econtra, *vt patet per vulga. & l. si curatorem habens, cum ibi not. C. de in integr. restitu.* & est etiam sine omni dubio. Præterea si prædicti filius & filiæ Doctoris A. tempore quo fuissent maiores 25. annis, & in diuisione hæreditatis paternæ siue maternæ, vel vtriusque vltra dimidiam etiam non ex proposito, sed reipsa tantum decepti fuissent, etiam subuentum esset circa beneficium restitutionis in integrum. l. maioribus, iuncta gl. ibi, in verbo, Perperam. Nam dicit ibi text. Maioribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam, sine iudicio factis diuisionibus solet subueniri, quia cum bonæ fidei Iudicis. Et quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Et exponit ibi glo. verbum, Perperam, cum vltra dimidiam sit alter deceptus ad instar venditionis, &c. C. Communi. vtriusque Iudicis, & ibi Legistæ, per quem text. etiam ibi notab. decidit Bald. Refert & sequitur Pau. de Cast. quod si partes diuidunt per breuia, & ex post facto appareret enormis læsio, potest læsus implorare Iudicis officium, vel intentare conditionem ex ista lege, vt iterum fiat æqualis diuisio.

THEMA CONSILII LXXVII.

Quod valeat emptio & venditio pro iusto precio, cum pacto de retrouendendo, post certum tempus facto, & secuta traditione dominiũ in emptorem transferatur.

SVMMARIA.

1 *Sola voluntas non sufficit ad amissionem dominij.*
2 *Quando licita sit retentio rei non debitæ pro alio debito.*

CONSILIVM LXXVII.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. In præsenti cõsultatione quæritur de duobus. Primo, quia H. ab N. emit quosdam fundos à C. cum pacto de retrouẽdendo post nouennium, & ratione huius contractus C. tradidit illi prædictos fundos. Quæritur vtrum contractus valeat, & dominium sit in H. ab N. translatum. Et respondetur, quod sic. Secundo, quia ante elapsum nouennium facta sunt certa pacta de retrouendẽdo prædictos fundos, accepta summa quinque millium inter hæredes C. & H. ab N. Quæritur vtrum per talia pacta dominium redierit ad hæredes, nõ secuta numeratione quinque millium, nec facta traditione. Et respondetur, quod non. Et ita per consequens creditores C. nõ potuisse aliquod ius prætendere in illis bonis, imo H. ab N. iure posse retinere etiam pro damnis ab hæredibus C. propter non soluta quinque millia flor. causatis.

Quod

Quod prædicta in proposito sint vera, & iuri consona, ex sequentibus breuiter patebit. Nam primo explorati iuris est, quod quando quis vendit fundos, vel prædia sua pro iusto precio, vel saltem non pro valde modico, apposito pacto de retrouendendo, quandocunque oblato precio à venditore ipsi emptori, dicitur verus, & legitimus contractus emptionis & venditionis, & non præsumitur contractus simulatus, & ita pignoratitius factus in fraudem vsurarum, pro tanto, quod emptor lucratur fructus inde perceptos, donec retrouendantur, & ideo non computantur in surtem, cum sit verus contractus emptionis, nisi quod venditori reseruata est facultas oblato precio quandocunque reëmere ab emptore. *l. 2. & ibi nota Cod. de pact. inter empt. & vend.* Et ista lex procedit etiam nedum de iure ciuili, sed etiam de iure Canonico, *vt vult gloss. in cap. ad nostram. de empt. & venditio. & notanter Archid. in cap. plerique. 13. quæst. 3.* & Panorm. in d. c. ad nostram, *in 2. colum. versi. Primus casus*, & secundum eum benefacit text. ibi, vbi contractus præsumebatur fœneratitius, quia text. ibi non solum ponderat pactum de retrouendendo, sed etiam quod non licebat recuperare, quandocunque interuenerat modicitas precii. Idem est in apposito de retrouendendo elapso certo termino demum, dummodo tamen interuenerit iustum precium; siue nõ modicum, secundum Panorm. in d. cap. ad nostram, *in versic. tertius casus*. Nam hæc sunt verba eius ibi: Tertius casus est, quando fit pactum de retrouendendo certo termino elapso pro modico precio, & talis contractus præsumitur fœnoratitius, & est iste proprie casus huius c. nam præsumptio est, quod interim voluerit fictus emptor fructus lucrari. Et sic aperte vult, quod quando fit contractus adiecto pacto certo tempore elapso pro iusto vel non modico precio, quod sit verus contractus emptionis. *& hoc etiam sentiunt communiter Canonistæ, in d. cap. ad nostram, vt pulchre ibi per Ioan. de Imo. in fin. 2. column. in versic. ex prædictis dicit.* Ex quibus patet, quod ex præfato titulo, seu cõtractu de retrouendendo post nouennium iusto precio, vel non modica secuta traditione, vel quasi translatum fuerit dominium in ipsum H. à N. l. Nunquam nuda traditio, in prin. vbi dicitur: Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua iusta causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. ff. de acquir. rer. do. *l. traditionibus. C. de pact. §. per traditionem. Instit. de rer. diuis. l. pen. C. de rei vend. cum similib.* Item secundo constat, conuentiones siue pacta inter certas personas initas, non porrigi, nec extendi ad alias personas, & sic aliis nec obesse, siue nocere, nec prodesse posse. *l. si vnus. §. ante omnia. ff. de pact.* idèm est in transactione. *l. 1. Cod. de transact.* idem in renunciatione facta vni, quia talis renunciatio prodest, nec obest aliis. Idem est in sententia. *l. sæpe, in prin. ff. de re iud. & patent prædicta per rubr. & nigr. Cod. res inter alios acta, &c.* Et est opt. text. in l. si actionem, per quam secundum 1. eius Lecturam, notant ibi Bald. & Modet. Quod si sint plures fratres, quorum vnus vel duo maritent sororem, & illa faciat eis pactum de non petendo hæreditatem paternam, quod istud pactum non proderit aliis fratribus, quia ipsa poterit petere ab aliis fratribus, partem hæreditatis pro eorum rata. C. de pact. Et sic per prædicta patet: Primo, quod ex contractu emptionis, cum pacto de retrouendendo post nouennium, iuxta tenorem Copiæ, cum litera A. signatæ, & secuta traditione, fuerit translatum dominium rerum venditarum cum huiusmodi pacto, in ipsum emptorem H. scilicet à N. & quod conuocatio siue transactio postea inita, etiamsi fuisset facta pure, absolute, & sine omni conditione inter filios C. S. in Christo defuncti, per H. à N. non potuit prodesse aliis creditoribus, tanquam tertiis. Quanto magis hoc procedit in terminis propositæ consultationis, cum huiusmodi transactio pro parte H. à N. fuerit præcise conditionalis, & sub conditione inita, vt scilicet nunc demũ obstringeretur eis assignare bona empta, si scilicet prius hæredes & tutores eorum ei sufficienter cauerint, &c. & summam quinque millium actualiter persoluerint. Et cum hanc conditionem non adimpleuerint pro parte sua, non potest dici, quod bona vendita iterum peruenerint ad dominium hæredum Conradi, & per consequens, quod non solum alii creditores C. à S. nihil iuris in eis tanquam adhuc in bonis propriis H. à N. prætendere possunt: cum nullũ ius pignoris vel hypothecæ expresse vel tacite in huiusmodi bonis habeant, sed nec etiam hæredes C. à S. aliquod ius vel dominium ex huiusmodi transactione in sæpenominatis bonis venditis, propter defectum sæpenominatæ conditionis adepti sunt. Cum, vt adductum est, H. à N. non erat obligatus ad retrouendendum bona empta hæredib. nisi ipsi prius cauerint, soluerint, &c. ad quæ facta, scilicet ad cauendum, soluendum, & c. ibi fuerunt pure, & simpliciter obligati, nec aliquod præiudicium ipsi H. in amissione dominii sæpe præfatorum bonorum generare potest, quod ipse ob iussum Principis de facto emanatũ sine scilicet causa cognitione, abstinuerit se ab huiusmodi bonis. Ex quo ad amissionem dominii duo requiruntur, quod scilicet habuerit voluntatem amittendi dominium, † quæ voluntas etiam sola non sufficit ad perdendum dominium, licet sit sufficiens ad amissionem possessionis. l. si quis vir. §. 1. vbi dicitur. Differentia inter dominium & possessionem, hoc est, quod dominium nihilominus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, vt quisquam constituit se velle possidere. ff. de acqu. possess. Item quod interuenerit factum. l. id quod nostrum, vbi dicitur: Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest. ff. de regu. iur. sed in terminis nostris H. à N. non solum non habuit voluntatem desinere habere dominium prædictorum bonorum, sed nec etiam animum tradendi sæpenominatis hæredibus & tutoribus, sicut nec etiam eis tradidit, ideo dominium eorundem adhuc est apud eundem, & non translatum in heredes, nec in eos transferri potuit, cum huiusmodi bona empta H. à N. nunc habuerit pro derelicto, quare etiamsi de facto occupata fuissent ab hæredibus, nõ acquisiuissent dominium eorundem. *l. 1. & l. 2. ff. pro derelicto* Et per alium dominum Consulentem, in resolutione secundi dubii, per bona Iura ostensum sit, hæredes & tutores præfatos obligatos fore, & esse H. à N. ad resarciendũ omnia damna, quæ passus fuerit propter nomina eorum, & qui non obseruauerunt promissa ab ipsis pure, sine omni conditione, in secunda transactione: Ideo hic de illo superflue latius non est insistendum. Sed quod sæpenominatus H. à N. possit etiam vti retentione dictorum bonorum, etiam post solutam summam precii, scilicet quinque millium florenorum, videtur sine dubio. Nam licet † regulariter non sit licitum alicui vti retentione alicuius rei non debitæ pro alio debito. l. fin. vbi dicitur: Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. C. commoda. *l. si non inducta. C. in quibus causis pig. tacite contrahitur.* tamen potest vti in retentione re non debita, si talis res debitoris peruenerit ad manus ipsius creditoris occasione illius debeti. *Text. est notab. in l. si non sortem. §. si centum, in versi. Ager autem & ibi pulchre Bartol. Paul. de Castr. & Legista, ff. de cond. indeb. Probatur etiam per text. in l. eleganter. §. qui reprobet. ff. de pign. actio.* Item si res non peruenisset occasione illius debiti, tamen erat obligata pro

alio

alio debito, nam potest retineri etiam pro illo debito, pro quo non est obligata. *l. 1. Cod. ob chirograph. Et de his latius per Bart. in d. §. si centum, & melius in d. l. si non inducta. Paul. de Cast. in d. §. si centum, Bal. & DD. in d. l. fin.* Quanto magis sæpedictus Henricus ab N. ad quem prædicta bona peruenerunt titulo pro empto, virtute cuius traditione secuta, adeptus fuerit dominium eorundem, poterit etiam vti retentione in iisdem, & ita præferri omnibus aliis creditoribus, pro consequendis etiã damnis, quæ passus fuit occasione huiusmodi contractus, propter non solutam præfatam summam 5000. flor. & alia, vigore secundæ transactionis, in termino præfixo secutæ, occasione primi contractus venditionis & emptionis, cum pacto de retrouendendo.

THEMA CONSILII LXXVIII.

Qualiter feudum antiquum seu paternum sine consensu fratris, vel eiusdem filiorum alienatum, possit reuocari, ratione consensus non præstiti, vel læsionis vltra dimidium iusti precii. Et quando ex persona vnius ex hæredib. minoris, reliqui ad reuocationem admitti possint.

SVMMARIA.

1 *Filius potest reuocare alienationem feudi paterni seu antiqui, precio restituto.*
2 *Alienatio feudi à patre illegitime facta, nocet filio adeunti siue se immiscenti hæreditati paternæ.*
3 *Hæres non potest venire contra factum defuncti.*
4 *Aestimum patris dicitur æstimum filij, & prodest filio, etiam viuente patre.*
5 *Deceptus vltra dimidium iusti precij, potest contractum propter deceptionem rescindere.*
6 *Præscriptio cœpta contra defunctum, non currit contra hæredem succedentem in pupillari ætate existentem.*
7 *Consequitur quis ex persona alterius, quod ex sua non posset.*

CONSILIVM LXXVIII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus qui proponitur, talis est: N. habens quædam feuda antiqua, sine consensu fratris & filiorum eius tacito vel expresso vendidit, seu alienauit prædicta bona in G. pro certa summa pecuniæ, valorem tamen feudorum non attingente. Qui aliquot annis talia bona feudalia sibi ab N. tradita, quiete possedit. Mortuo autẽ dehinc N. venditore, filii fratris eiusdem eius hæredes, & adita eis iam hæreditate, videntes valorem bonorũ feudalium excedere precium pro illis solutum patri eorum, volunt reuocare prædictũ feudum, quasi antiquum seu paternum, sine illorum consensu alienatum, & etiam ratione deceptionis, quia asserunt patruum eorum in venditione vltra dimidium iusti precii, à G. emptore deceptum. Quæritur igitur, vtrũ aliquo casu admitti possint. Et determinatur, quod licet filii prædicti fratris N. vt hæredes non possint contrauenire facto defuncti, & sic non audiantur volentes reuocare bona feudalia tanquam sine eorum consensu alienata, tamen si patruus eorum esset deceptus vltra dimidium iusti precii, possent contractum, ratione deceptionis, rescindere. Nec posset se emptor aduersus illos tueri exceptione præscriptionis, quũ post mortem patrui fuerint in pupillari vel minori ætate. Et etiam vno tantum ex illis minore existente, reliqui maiores ex minoris persona possunt rescindere contractum, & ita præscriptio inchoata in vita patris illorum, illis non potest obstare, quum in pupillari vel minori ætate currere non potuerit.

Et quum ex casus figuratione & facti contingentia constet, quod filii Nicolai I. alienantis partem præfati feudi sine consensu fratris & filiorum eius, &c. & etiam domini sui, adiuerint hæreditatem eius, seu hæreditati paternæ se immiscuerint, non est hic frustra & superflue insistendum, an præfatum feudum fuerit feudum paternum, siue antiquum. Nam † licet si vasallus possidens 1
feudum paternum, siue antiquum, etiam legitime, hoc est, consentiente domino feudi alienauerit, possit per filium non consentientem nec expresse, nec tacite, restituto precio reuocari. *Ita probatur in c. 1. §. hoc quoque, in tit. de success. feud. in c. 1. § etsi clientibus, de alie. feud. in c. Titius filios masculos, si de feud. fuer. contro. inter dom. & agnat. vasall. Iacob. de Belui. Bald. Aluarot. & Alex. in d. § hoc quoque.* † tamen quando pater a- 2
lienauit etiam feudum paternum siue antiquum illegitime, domini scilicet feudi consensu non accedente, & filius adiuerit siue immiscuerit se hæreditati paternæ, talis alienatio nocet filio, *per nota. in cap. 1. an ag. vel filius. & in d. c. Titius. & Feudist. in locis præalleg.* Præterea indubitatum est, quod licet vasallus sine consensu filiorum vel agnatorum, etiam cum licentia domini, in præiudicium eorum non possit feudum paternum alienare. *c. 1 cum simil. de ali. feu. pater.* tamen si filius mortuo patre, immiscuerit se hæreditati paternæ, vel agnati adiuerint hæreditatem defuncti, quod filii vel agnati amplius non possint huiusmodi alienationem feudi reuocare. Ita expresse decidit Andr. de Iser. in d. c. 1. de alien. feud. & sequuntur alii, videlicet, quod si agnati, qui alienationi feudi paterni non consenserunt, non possunt ipsum reuocare, quamuis tale feudum debeatur eis ex prouidentia primi acquirentis, pro tanto, quod possint in eo succedere, etiam repudiata hæreditate defuncti vasalli. *c. 1. an ag. vel vasal.* tamen adhuc isto casu remouetur à iure reuocandi ex eo capite, quia † hæres non potest venire contra factum defuncti. 3
l. cum à iure. C. de rei ven. l. si ab eo. C. de rebus alie. non alie. Quanto magis prædicta procedunt in filio immiscenti se hæreditati paternæ, quod scilicet non possit feudum etiam paternum sine eius consensu expresso vel tacito alienatum reuocare, nam licet agnatus possit acceptare feudũ paternum, siue antiquum, repudiata hæreditate defuncti, secus tamen est regulariter in filio. *d. c. 1. an agn. vel fil.* Et est ratio secundum Iacob. de Belui. & DD. ibi, cur in filio aliud in isto casu, quia filius consequitur tale feudum, patre medio, & velut ex persona patris sui, quia filius oritur à patre, non autem agnatus ab agnato, *vt de success. feud. in prin. & gradibus succe. in feud.* Patet enim & filius censentur vna eademque persona. *l. fin. C. de impub. & aliis substit.* quod vox patris censetur vox filii, & contra. *§. ei qui. instit. de inuti. stipula.* & censetur vna caro pater & filius, *35. q. in c. contradicimus. §. hac autoritate, alias 1.* † Hinc etiam æstimum patris, 4
dicitur æstimum filii, & prodest filio etiam viuente patre, *glo. c. est singula. in l. 2. C. qui ætate, lib. 10.*

Secunda vero Responsio, videlicet, quod filii præfati Nicolai possint agere contra filios Gaspari, ad rescindendum dictum contractum, oblato precio 500. florenorum, si pater eorum vltra dimidium iusti precii reipsa tantum fuisset deceptus, ita videlicet, quod si tempore huiusmodi venditionis celebratæ, bona vendita valuissent vltra mille, & sic pluries quam quingentis potuissent vendi, & ita quod si hæc probare possint filii Nicolai venditoris, filii emptoris teneantur eis tradere huiusmodi bona, vel eis supplere iustum precium, & ita quo pluris valuerunt tempore contractus vltra 500. florenos, est expressi iuris, vt patet per tex. in l. nota. licet vulga. scilicet in l. 2. C. de rescind. vend. vbi dicit tex. ad literem minoris precii, per quam legem patet, quod filius

non possit venire contra factum patris. *l. quæ à patre. Cod. de restitu. militum*, nec hæres contra contractum vel factum 5 defuncti. *d. l. cum ea matre, cum similibus.* † cum & ipse pater in vita sua potuisset agere actione ex eodem contractu, contra emptorem, vel eius hæredes, ad rescindendum huiusmodi contractum venditoris oblato precio propter deceptionem saltem reipsa vltra dimidiũ iusti precii. *d. l. 2.* & competit ad rescissionem contractus empti & venditi, propter eiusmodi deceptionem vltra dimidium iusti precii, quando contractus alias ab initio fuit validus venditori decepto, vel hæredibus eiusdem, contra emptorem, vel eius hæredes, actio ex eo contractu, secundum gl. magnam, in d. l. 2. post prin. ibi scil. Tu dic actione ex eo contractu, nec obstat secundum gl. quod actio ex eo contractu, & ita ex vendito, detur ad obseruationem contractus, non ad rescindendum seu resoluendum eundem, quia respondet gl. & sequuntur ibi Bar. & cõmuniter Doctores, quod quum sit actio amplæ naturæ, & ita bonæ fidei, detur etiam ad resoluendum contractum, ex quo in contractibus bonæ fidei veniant etiam ea, de quibus non est actum & cogitatum. *l. 2. Cod. de actio. empt. & vend. l. ex empto. §. si quis virginem. §. is qui vina. ff. de actio. empt.* & ideo illa actio durat perpetuo, id est, 30. annis. *l. sicut. C. de præscript. 30. annorum, secundum Barto. Bald. & Doct. in d. l. 2.* & hoc est ex humanitate & æquitate inductum, & aperte ibi innuit textus, dum inquit; Rem maioris precii, tu vel pater tuus minoris precii distraxerit, humanum est, &c. Et sic per illam legem 2. limitatur vulgara regula, quæ habet, quod licitum sit contrahentibus se decipere reipsa. *l. in causa. l. a 2. §. penult. ff. de minoribus.* Nam non procedit si venditor fuerit reipsa vltra dimidium iusti precii deceptus. & text. in d. l. 2. *in versicul. & quod deest iusto precio*, probat aperte, non sufficere, quod emptor suppleat, vsque ad quantitatem, qua soluta deceptio non sit vltra dimidium iusti precii, sed quod requiratur quod suppleatur vsq; ad iustum precium.

Vt si quis vendiderit rem valentem decem pro quatuor, & sic sit deceptus vltra dimidium iusti precii in vno floreno tantum, quia dimidium fuit quinque, & si vendidisset pro quinque, non haberet locum dispositio d. l. 2. cum decepto non esset vltra dimidium iusti precii, cũ haberet dimidium, sed vendicaret sibi locum Regula prædicta, quod scilicet licitum sit contrahentibus se decipere reipsa, si tamen emptor offerret illum vnum, in quo venditor fuit deceptus vltra dimidium, non sufficeret, sed emptor deberet supplere vsque ad iustum precium, & ita dare venditori sex. Ita in terminis nostris, si bona feudalia vendita per Nicolaum, &c. fratri suo Gasparo 500. florenis, tempore venditionis valuissent duo millia, non sufficeret, quod filii emptoris offerrent filiis venditoris 500 licet si vendidissent pro mille, non haberet locum dispositio d. l. 2. cum non esset vltra dimidium iusti precii, sed requiritur quod suppleant vsque ad iustum precium, & ita quod darent hæredibus venditoris mille & 500. quia illud fuit iustum precium, &c. *& ita vult Bald. in d. l. 2. in 5. col. vers. sed numquid sufficit ad hoc, vt post eum Paul. de Cast. ibi, in 1. col. vers. in text. ibi, quod deest. Subiungens: Tene menti perpetuo.*

Nec supradictis obstat, si obiiceretur, quod illud remedium solum competat maioribus officio Iudicis. In contractibus, vbi dicitur: In contractibus qui bonæ fidei sunt, etiam maioribus officio Iudicis causa cognita, publica iura subueniunt. C. Ex quibus causis maior 25. annis. sed officium Iudicis non durat perpetuo. Nam & supra ostensum est, venditori etiam maiori decepto vltra dimidium iusti precii, vel eius hæredibus competit actio ex eo contractu, ad resoluendum contractum perpetuo, non obstante dict. l. In contractibus, quæ licet sit posita in materia restitutionum, tamen non loquitur de officio Iudicis nobili, quod solum quadriennio durat, sed mercenario, quod deseruit actioni, & ita intelligitur secundum materiam nostram, secundum gloss. & Doctores ibi. Item aperti iuris est, quod contra pupillos non currit præscriptio lõgissimi temporis, 30. annorum, d. l. sicut. versic. sed pupillari, vbi dicit textus. Sed pupillari ætate duntaxat, quamuis sub tutoris autoritate consistat, huic sanctioni eximenda. Et † sic est ibi casus, quod 6
si præscriptio inceperit currere contra defunctum, tamẽ contra successorem, durante pupillari ætate, non currit. Item licet præscriptio 30. vel 40. annorum contra minorem adulto. *d. l. sicut, & l. fin. in fin. C. in quibus causis restitu. in integrum non est concess.* Tamen si cœperit contra defunctum, & fuerit completa postea contra minorem, ipse poterit petere restitutionem in integrum, *secundum gloss. in d. l. sicut, & in d. l. fina. & ibi Legistæ.* Præterea pulchra & notabilis Regula est, † quod quis consequitur ex persona alterius, 7
quod ex sua persona consequi non posset, *quæ probatur per text. in l. si emancipati. C. de colla. iuncta l. 1. §. penult. ff. de coniungend. cum emancipa.* Nam in d. l. si emancipati, deciditur, quod emancipatus nihil tenetur conferre emancipato, & in d. §. penult. vbi erant duo filii. Vnus emancipatus, alius in potestate, & ex filio præmortuo duo nepotes. Vnus in potestate, alius emancipatus.

Et tamen deciditur ibi, quod patruus emancipatus non solum conferat nepoti in potestate, sed etiam nepoti emancipato, quod præcise videtur contra text. in dict. l. si emancipati, & ita in dict. l. si emancipati, gloss. opponit dict. §. penult. & licet dict. gloss. respondeat tripliciter, tamen Bartol. Bald. & communiter DD. aliter soluunt, & bene, quod scilicet in d. §. pen. isti duo nepotes computentur loco vnius, & ita quod patruus emancipatus conferat nepoti emancipato, non propter eum, sed ex persona alterius, scilicet propter alium in potestate, cum ambo illi nepotes in stirpem succedant. Itẽ probatur illa regula per text. in l. si post mortem. §. fina. ff. de bonor. possess. contra tabul. Nam clarum est, quod filius institutus in testamento non habet remedium contratabulandi, & tamen si pater instituerit vnum filium, & alium præterierit, institutus beneficio præteriti, habet remedium contratabulandi, & sic institutus ex persona alterius, scilicet præteriti, consequitur ius contratabulandi, quod tamen ex sua persona consequi non posset, vt in d. §. fin. habet ibi institutus expectare, donec præteritus contratabulet, inquit enim textus: Hi qui propter alios contra tabulas bonor. possess. petunt, non expectant, vt præteriti bonorum possess. contra tabulas petere possint. & dicit ibi glo. in verbo, Super alios, vt instituti propter præteritos, nam instituti eo ipso, quod alii sunt præteriti, habent bonorum possessionem contra tabul. & sequitur ibi in textu: Quum enim semel beneficio aliorum, ad aliud beneficium fuerint admissi, iam nõ curant, petant illi, nec ne, bonorum possess. Tex. in c. sacris, de sepulturis, vbi excommunicati sunt sepulti in cæmiterio, & non excommunicati, tamen omnes debẽt remanere, &c. & bonus tex. in l. 1. in prin. vers. si quis igitur. ff. de verb. obli. Nam licet mutus & surdus, infans & absens stipulari non possunt, tamen per seruum possunt. Per quem tex. notat ibi Alex. de Imo. in 6. notab. dicens: Nota quod illud, quod per me assequi non possum, non impediat consequi per alium, vt habetur in versic. si quis igitur. Hinc pulchre decidit Pan. in c. 1. de præscrip. quod si Capitulum & Prælatus haberent communia bona.

quod

quod sicut sede vacante non currit præscriptio contra Prelarum, ita nec contra bona Capituli illi connexa, cõtra quæ bene curreret præscriptio, si essent separata. Hinc singulariter decidit Bald. in c. 1. quib. modis feud. amitta. quod si sunt duo fratres habentes feudum vel ab vno Principe, & vnus commiserit feloniam, propter quam feudo priuari posset, quia dereliquit dominum, alter vero sua probitate defendit eum, quod vterque retinebit feudum, & ita quod committens feloniam nõ possit puniri propter alium. Et plus dicit ibi, quod si ciuitas habens castrum in feudum, habeat Nobiles & populares, quod si Nobiles sint rebelles, populares vero non, quod propter mixturam nobilium & popularium feudum nõ applicatur domino, & bene facit gl. notab. & singula. in c. 1. in gloss. fin. de iure patrona. in 6. quæ vult, quod si Ecclesia & patronus laicus simul habent præsentare, quod ratione communionis priuilegium Ecclesiæ transeat ad laicum, & sic quod patronus laicus habeat sex menses ad præsentandum, vbi alias per se non haberet nisi quatuor menses. Argum. l. si communem. ff. quemadmodum serui. amit. vbi in simili idem statuitur in habẽte rem communem cum pupillo, vbi text. dicit in princ. Sic communem fundum ego & pupillus haberemus, licet vterque non vteremur, tamen propter pupillum & ego viam retineo. & multas alias notabiles decisiones Doctores in variis locis ponunt, vbi scilicet quis ex persona alterius consequitur, quod ex sua persona consequi non posset, *quarum multas vltra prædictas refert D. Ias. in d. l. si emãcipati, (mihi, in 3 col.) vers. nota tu diligenter, cum seq.* Ex quibus clarissime infertur, quod si præscriptio 30. annorum in proposito non esset completa contra minorem, ex prædictis tribus fratribus, filiis Nicolai venditoris, quæ quidem præscriptio demum post 14. annum ætatis suæ cœpit contra eum currere, quod alii fratres possent se iuuare ex persona ipsius, & ita quod præscriptio illa 30. annorum, eis etiam non obstet, quo minus competeret eis remedium d. l. 2.

THEMA CONSILII LXXIX.

Consuetudo tribuit iurisdictionem, & processus habitus coram Iudice non competenti, est ipso iure nullus.

SVMMARIA.

1 *Collegia ordinaria possunt facere statuta, circa ea, quæ pertinent ad eorum iurisdictionem.*
2 *Consuetudo potest dare iurisdictionem.*
3 *Consuetudo solum nota ei, qui potest priuilegiare, æquipollet priuilegio.*
4 *Processus coram incompetenti Iudice factus, est ipso iure nullus.*
5 *Vbi sunt Iudices diuersarum causarum, vnus non potest se intromittere de iurisdictione alterius.*
6 *Non sunt citandi hi, quorum principaliter non interest.*

CONSILIVM LXXIX.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: F. à B. in vita sua contraxerat multa debita, pro quibus etiam alii pro eo tanquam fideiussores intercesserant. Cumque eo è viuis sublato hæreditas eius non sufficeret ad exoluenda huiusmodi debita: Quidam ex creditoribus & fideiussoribus prælationis nomine contendebant coram Præfectis & Consiliariis, locum domini tenẽtibus, instituto ibidem processu, agebant etiam nomine fodinarum, quas reliquerat defunctus, verum quum propter easdem fodinas etiam iudicialiter procederetur coram Iudicibus Argenti fodinarum, quibus ex consuetudine etiam à Principe approbata, super iisdem iurisdictio competebat. Quæstio oritur, quorum processus prævalere debeat. Et respondetur, processum Consiliariorum & Præfecti, tanquam in illo casu Iudicum incompetẽtium, nihil potuisse præiudicare processui coram Iudicibus Argentifodinarum instituto, quum illi ratione consuetudinis in ista causa fuerint competentes, &c.

Quod Responsio data stante contingentia facti, in veritate sit iuri conformis, est sine dubio. Primo enim expediti iuris est, quod ordinatione seu statuto der Gewercken / accedente consensu Ducis, &c. potuerat induci, quod coram Magistro der Gewercken / rc. tantum ventilentur causæ & lites fodinarum, & ita Bergtheil & Kuckes tangentes, & quod ipse habeat super eis iurisdictionem & diffinitionem. l. sententia, vbi consuetudo rusticorum, non habentes aliquam iurisdictionem, ideo est seruanda, ex quo Princeps vel populus approbant. Cod. de testa. facit c. cum accessissent, & c. Cum M. Ferrariensis, de constitutionibus. Per quæ Bart. in repeti. l. omnes populi *in 2. colum. in versicul. expeditus, de contrariis, cum sequentibus*, vbi primo casu expresse dicit, quod etiam villæ vel castra, iurisdictione carentia, possint condere statuta, etiam pertinentia ad causarum decisionem, interueniente authoritate superioris illius populi, & sequuntur ibi Legistæ, ff. de iusti. & iure. Hinc etiam Collegia licita & approbata habentia iurisdictionem, possunt facere ordinationes & statuta, in his in quibus habent iurisdictionem, & quo ad ea, quæ ad ea pertinent. *l. fina. Cod. de iurisdictio. omnium iudic.* l. 2. in fin. dum inquit: His videlicet, quæ argenti distractores, & alii negociatores in defensẽ constituerunt, in sua firmitate, secundum morem vsque adhuc obtinentem durantibus. C. de constitu. pecun. Bart. in d. repet. l. omnes populi, *in 3. colum. post medium, & sequuntur Doctor.* & in d. l. fi. in princ. per text. ibi dicens: Nota ex hac lege, quod est multum menti tenendum, quod Collegia approbata possunt dare suis Rectoribus iurisdictionem ordinariam, inferens ibi: Ex hoc nota, quod Collegia approbata possunt facere inter se statuta, in his, quæ pertinent ad eorum iurisdictionem, & ibi Bald. & Salyc.

Item etiam † consuetum dat siue tribuit ordinariam iurisdictionem. l. 1. iuncta gloss. 1. quæ exponit textum, dum dicit: Si lex municipii, id est, consuetudo. *l. fin ibi, vel ex longa consuetudine hoc permissum est. C. de emancipa. liber. Et de hoc, quod scilicet consuetudo det ordinariam iurisdictionem, est glo. in l. more, alias l. & quia, in verbo, Hac lex, in prin. ff. de iurisd. omnium iudic. gl. in verbo, Consuetudo, in c. conquestus, 9 quæst. 3. & est text. in c. 1. in fi. ibi, nisi aliud Remensis Ecclesia circa talium officiolum institutionem de consuetudine obtineat special. de offi. ord. in 6.* c. 1. §. fin. de offi. Archidia. in c. duo, ibi, vel prisca cõsuetudine, vbi est textus, quod consuetudo potest dare iurisdictionem ordinariam, etiam fœminæ, de arbitris, imo quum contingat, vbi valet consuetudo tribuens Clericis priuatis diœcesis Beluacensis iurisdictionem in Clericos ei seruientes, de foro competenti, & illud de priuato, alibi non ita bene probatur, secundum Ioan. And. & DD. ibi, & consuetudo tanti temporis, cuius initium memoria non constat, æquipollet priuilegio. *l. hoc iure. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æstiua. cap. super quibusdam. §. præterea, de verbor. significat.* Sed in hoc hic non est insistendum, ex quo patet prædictam ordinationem esse factam nedum sciente, sed expresse consentiente Principe huius territorii, & Ducatus, & etiam se confirmante secundum eam, quoties tales causæ acciderint iure decidendæ. † Cum consuetudo,

suetudo etiam solū nota est, qui potest priuilegiare, semper æquipollet priuilegio. Videtur enim superior tacite priuilegiare. *Hanc Regulam ponit Innoc. in c. nouit, de iudiciis, & in c. cum contingat, in fin. quem refert & sequitur Oldradus in consil. 254. incipiente: Quia tota pars Decam, &c. in 3. col. versic. circa quod est notanda regula. Felin. in d. c. cum contingat, in 2. colum. versi. addo Oldrad.*

4 Item † explortatissimi iuris est, libelli oblationem & processum, factum coram incompetenti Iudice, nullius penitus momenti esse *l. 1. 2. 3. & 4. C. si non à competenti iudice.* & vbi non valet sententia, nec acta, & ideo etiam confessio facta coram incompetenti iudice, non tenet. *c. at si Cle-*
5 *rici, in princip. & ibi DD. de adulteriis.* Item † certum est, quod Iudices diuersarum causarum in loco seu territorio aliquo, quod vnus non potest se intromittere de causis spectantibus ad iurisdictionem alterius Iudicis *l. solemus. § lacruncalator, cum ibi notatis ff. de iudiciis.* Præterea licet citatio sit fundamentum totius ordinis iudiciarii. *§. fin. Institut. de pœna teme litigan. Clem. pastoralis. versic. cæterum defectus, ibi, non citarum legitime, cum simil. de re iudicata* tamen regula est, quod non debeat citari ille, de cuius præiudicio principaliter non tractatur, licet in eius præiudicium in consequentiam possit tractari, *secundum gloss. singula & notab. in l. de vnoquoque, in gloss. 2. quam ibi sequuntur Angel. Innoc. & Modern, in l. filiusfamilias. § Diui. ff. de legat. 1.* quam ibi Angel. & Inno. dicunt facere, quod si creditor faceret damnari debitorem in iudicio, non possunt alii creditores illius debitoris conqueri, & dicere, quod non fuerunt citati ad processum, ex quo lis non ordinabatur principaliter contra eos. Hinc Bartol *in l. diem, in versic. quæro ego. ff. de aqua pluuia arcend.* decidit, quod si agatur contra hæredem, non requiratur citatio substituti, & dicit de hoc esse casum in l. 1. §. denunciari, vbi dicitur: Denunciari autem oportet his, quos prima species successionis contingit, vt puta primo gradu hæredi instituto, non etiam substituto. ff. de ventr. inspiciendo, & optim. text. in l. ex contractu, vbi sententia condemnatoria lata contra pupillum, cum quo actum est, autore tutore, qui absumunt eam à bonis, nocet cohæredibus eius vel substitutis, ad quos postea bona peruenerint, licet non fuerint citati, & per d. §. denunciari, decidit Innoc. & post eum Bald. & Felin. in c. humilis, de maiorita & obedien. non esse citandos illos, quos negocium incidenter vel secundario tangit, sed sufficit principalem citare. Accedit bonus textus in l. autore, vbi sufficit denunciari principali, venditori scilicet, licet non denuncietur fideiussoribus, C. de euictio. & Bal. ibi firmmat secundo hanc legem, hoc modo: Processus factus contra principalem citatum, non nocet fideiussori nō citato, quod est notandum secundum eum. Et subiungit ibi Bald. Ad hoc ergo, vt agi possit contra fideiussorem, sufficit denunciari principali. *l. mora rei. ff. de verborum obligatio.* Et Bald. ibi per textum ibi, in verbo,
6 Ignorauerit; generaliter infert, † quod sufficit causam agitari cum eo, quem negocium contingit principaliter, nec est necesse, quod illi citentur, qui læduntur per quandam consequentiam, moueantur, & quamuis Bat. & magis communiter DD. reprobata opinione Iac. Butr. in l. decem. ff. de verborum obliga. teneant, quod in executione bonorum principalis debitoris, & pronunciatione Iudicis qua pronunciatur, posse agi contra fideiussorem, vel tertios possessores bonorum, quia principalis non est soluendo, *iuxta Authent. præsente. C. de fideiuss. & Auth. hoc si debitor. C. de pignoribus,* requiratur citatio fideiussoris, tamen, secundum eum, sufficit citatio generalis per tubam, siue per proclama. *per l. si eo tempore. C. de Remiss. pigno. Alexan. de Imo. in d. l. duo reo, ante finem princ. versic. item fallit, quantum ad eum, & in d. l. decem. Bald. in l. ab eo. C. quomodo & quando Iudex.* & licet Bald. & Angel. ibi, scilicet in d. l. decem, velint, quod ex quo processus excussionis à sententia principaliter ordinetur contra fideiussores, & possessores bonorum, in eorum perniciem, vt possit contra eos perueniri, magis quam principalem debitorem, & fideiussores sint certi, debeant nominatim citari: secus tamen dicunt ipsi, si non sunt certi, quia tunc sufficit citatio generalis, & ita procedit opinio Batt. Tamen posito pro vero, quod quando sint certi fideiussores, quod debeant citari nominatim, sufficit tamen illos citari generaliter per præconem publice, quando est multitudo personarum. *Ita sentit Bar. in extrauag. ad reprimendum, in verbo, Citatum, & hoc expresse notat Ioan. Bapt. de Sancto Seue in repet. l. cunctos populos, in 3. col. C. de summa Trinitate & fide Catholica, vbi inquit: quod sic alias fecerit practicari. Refert & sequitur dominus Ias. in d. l. decē, in 9. col. vers. limita tamen singulariter, & dicit, quod hoc didicerit à Ioan. Bapt. & quod sit perpetuo menti tenendum, & paucis cognitum.*

Ex quibus iam lucide infertur, quod quum prædicta ordinario der Gewercken / accedente etiam expresso cōsensu superioris, & consuetudo tribuat iurisdictionem Magistro der Gewercken, in causis Bergkheyle & Kuckes / tangentibus, & quidam creditores siue fideiussores Francisci à B. in Christo defuncti, restituerunt actiones coram Præfecto & Consiliatus in V. pro consecutione debitorum suorum im Bergkheylen / tanquam Iudicibus incompetentibus in illa causa fodinarum, quod talis processus, etiamsi eam non deseruerint, fuerit, & sit ipso iure nullus. Et per consequens, quod non potuerit in minimo præiudicare processui, &c. habito & facto à Ioanne à B. coram iudice incōpetenti, Magistro scilicet der Gewercken auff im Bergkwerck / etiamsi alii fideiussores ipsi Francisci nullo modo fuissent ad talem processum citati, quum eiusmodi processus solum per quandam consequentiam, seu secundarie forsan tendat in eorum præiudicium, & principaliter, vt apparet, ordinetur contra hæredes Francisci à B. quum non simus hic in terminis quæstionis Batt. & DD. in d. l. decem, quum nulla executio propter processum habitum à Ioanne à B. & pronunciationem Iudicis competentis, sit facienda contra alios fideiussores Francisci, & nulla penitus obligatio, nec principalis, nec fideiussoria inter ipsos & Ioannem à B. contracta sit. Quanto magis prædicta vendicant sibi locum in præsentiarum, vbi omnes fideiussores & creditores, quamuis etiam fuerint incogniti ipsi Ioanni, fuerint prædictum publicum competentis iudicis ad præfatum processum coram eo ventilatum, citati.

THEMA CONSILII LXXX.

De fideiussorib. qualiter obligentur ipsi principali creditori, quilibet in solidum; & habeant beneficium diuisionis. Et qualiter vni ex pluribus fideiussoribus soluenti in solidum, sine cessione aduersus confideiussores, nulla obligatio nec actio competat.

SVMMARIA.

1 *Fideiussor quis dicatur.*
2 *Ex fideiussione duplex obligatio oritur.*
3 *Beneficium diuisionis competit fideiussoribus, etiam inuito creditore, qui voluit eos obligare insolidum.*
4 *Fideiussor confideiussori in nullo obligatur, etiamsi vnus solidum soluat, nisi cessis sibi actionibus.*

3 Quando

5 *Quando inter duos vel plures correos vnus soluendo insolidum alios sibi obliget, ita quod portionem pro illis solutam possit repetere.*

CONSILIVM LXXX.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Visis & diligenter ponderatis literis obligationis, ad quæstionem propositam breuiter respondēdum arbitror: Fideiussores in illis literis adscriptos pro debito principali fuisse & esse obligatos, quemlibet insolidum ipso iure, potuisse tamen ex beneficio Epistolæ Diui Adriani compellere creditorem à singulis qui soluendo sunt, partem suam petere. Cum autem eo beneficio vsi non sint, & quidam ex illis solidum soluerint, ex tali solutione nullam illis natam obligationem aduersus confideiussores, & ita illos absq; cessione nō posse conuenire confideiussores ratione partis, pro qua ipsi poterant conueniri à principali.

Et licet Responsio ad principalem quæstionem data, sit sine omni dubio, tamen pro clariori & magis euidente veritate eiusdem, aliqua præmittenda sunt. Et primo, quod prædicti validi **in der Schuldverschreibunge** nominari, scilicet Henricus à V. Ioannes de A. Cham à S. Ioannes K. Hatt. à K. & Erhardus S. proprie & vere loquendo, fuerint fideiussores constituti pro domina Corona relicti G. à V. erga validum Henricum à V. reum & debitorem principalem, quia ipsi nullam pecuniam à præfata Corona creditrice Henrici à V. acceperunt, sed omnino obligationi alienæ accesserunt, vt obligatoris
1 literæ clare indicant, † quum fideiussor proprie siue stricte loquendo, sit ille, qui obligationi alienæ accedit. *l. 1. l. fideiussor obligari. §. fideiussor. ff. de fideiussor.* Item quod ex fideiussione oriatur duplex obligatio: Vna, qua obligatur fideiussor creditori, & ista non potest contrahi sine verbis, & sic sine stipulatione. *l. blanditus. C. de fideiuss.* & † illa fideiussio habet beneficium fideiussorum, *Auth. præsente. C. eo. tit.* & iste est proprie fideiussor, respectu creditoris. Alia est obligatio, quæ contrahitur inter Reum & fideiussorem, & illa contrahitur consensu, nam debitor siue Reus videtur mandare fideiussori, quod soluat nomine l. indebitam, in fi. prin. dum inquit: Quoniam potest videri id ipsum mandasse, vt tuo nomine solueretur. ff. de condict. indeb. *secundum Bart. in l. Reos, in 2. col. versic. tu ergo clarius. ff. de duobus reis.*

Secundo præmittendum est, quamuis quando plures fideiusserunt pro vno, quod singuli fideiussores ipso iure in solidum teneantur, ita quod liberum sit creditori,
3 à quo velit solidum petere: tamen † ex Epistola Diui Adriani compellitur creditor, à singulis qui soluēdo sunt, partes petere, & ita ex ea habent beneficium diuisionis. §. si plures, Inst. de fideiuss. l. inter fideiuss. vbi dicitur: Inter fideiuss. non ipso iure diuiditur obligatio, sed ex Epistola Diui Adriani, & ideo si quis eorum ante exactam à se partem sine hærede decesserit, vel ad inopiam peruenerit, pars eius cæterorum onus respicit. ff. eod. titu. Imo si creditor non velit aliquos accipere vt fideiussores, vt non habeant beneficium de fideiussoribus, videlicet diuisionis, & d. §. si plures, ne quod Reus prius conueniatur, si est præsens, non est notorie non soluendo, *vt Authent. præsente. C. eod.* sed vult, quod omnes se vt principales debitores constituant, tamen adhuc retinent prædicta beneficia. *ita vult glo. singularis, in §. 1. verb. Fideiusso. ibi scilicet. Item quid si principaliter se constituit, cum qua transit ibi Angel. Perus. in Authen. de fideiuss. colum. 1. Refert & sequitur Angel. de Aret. in d. §. si plures, in vlt. col. vers. quæro tota die occurrit, Subiungens: Quod nota perpetuo.*

Tertio est præmittendum, † quod plures fideiussores 4
pro debitore inuicem non dicuntur fideiubere, & ita se inuicem obligare. Ideo si vnus ex fideiussoribus soluerit totum debitum creditori, contra confideiussorem, nullam habet actionem, nisi sibi fuerit cessa. l. vt fideiuss. vbi inquit text. Vt fideiussor aduersus cōfideiussorem suum agat, actio danda nō est. Ideoq; si ex duobus confideiussoribus eiusdem quantitatis alter electus à creditore, totum exoluerit, nec ei cessæ sint actiones, alter nec à creditore, nec à fideiussore conuenietur. ff. de fideiussoribus, & d. §. plures, in fi. vbi expresse dicit: Sed si ab vno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is, pro quo fideiussit, soluendo non sit. Et subiungit rationem ibi text. & sibi imputare debet, cum potuerit iuuari ex Epistola diui Adriani, & desiderare vt pro parte in se detract. l. cū alter, vbi dicitur: Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei aduersus eum, qui vna fideiussit, non competit. C. eod. Per quæ iuta, *scilicet d. §. si plures, & d. l. vt fideiussor,* apparet gl. fi. ibi, & sic est hic arg. in l. 1. ff. ad l. Rhod. de iactu. volentem, quod fideiussor, qui soluerit creditori, possit agere contra fideiussorem, male loqui, *& ita eam per dd. iura expresse reprobat Ioan. Fabri. in d. §. si plures, in fi. in versic. & notā quod per hunc §.*

Nec obstat textus in l. ex facto. ff. de neg. gest. quia per eam videtur quod idem deberet esse in fideiussoribus, si alter soluerit, quod alius teneretur ei actione negot. gestor. sicut in casu dict. l. ex facto. Nam vera solutio & ratiō est, quam glo. ibi inter cæteras ponit, videlicet, quod fideiussor liberet confideiussorem, non officio seu virtute gestionis, sed natura obligationis, quam Barto. & DD. in d. l. ex facto, post Vltramontanos, in d. l. cum alter ex fideiussoribus approbant, & eam declarant, quod scilicet fideiussor soluendo creditori, liberet confideiussorem, non officio gestionis, quia non soluit contemplatione alterius fideiussores, nec vt eum liberet, sed contemplatione principalis debitoris, vt illum liberet, & etiam vt seipsum liberet, & hoc ex consequenti porrigitur etiam ad confideiussorem: liberato enim principali, sequitur etiam liberatio alterius fideiussoris, quia accessorium nō potest stare seu remanere sine principali: sublato principali hoc non est ex officio gestionis, quod habet producere hanc actionem, sed ex ratione cuiusdam consequentiæ, *& Paul. de Castr. ad hoc allegat bonum text. in l. si fideiussor, in fin ff. de dolo.* Tutor autem vnus vel magistratus soluendo, videntur soluere animo liberandi alterum, & sic eius negocium gerere, ideo habet vtilem negotiorū gestorum actionem, *vt pulchre Bal. in l. 1. in pen. quæst. versicul. quæro hoc quare fideiussoribus, ibi, est & alia ratio. C. de transactionibus.*

Præterea præmittendum est, † quod etiam duo rei promittendi siue debendi solum in tribus casibus videntur 5
inuicem fideiubere, vt scilicet si contingat alterum eorum in solidum soluere, quod ipse possit à correo repetere partem, tanquam soluerit pro illo fideiussorio nomine, quando scilicet obligati sunt ex causa onerosa, puta ex mutuo eis facto, vel simili: secus quando essent obligati ex causa lucratiua, siue ex mera liberalitate, vt puta donationis, & essent socii omnium bonorum, vel illius obligationis. Item quando non essent socii, & fuisset hoc expressum. Sed extra istos casus si sunt obligati ex causa lucratiua, & vnus soluerit totum, non poterit repetere aliquid à correo suo. *Ita probatur l. in lege Falcidia hoc seruandum est, in princip. quæ alibi non reperitur, secundum DD. ibi, ff. ad l. Falcid. ita magistraliter declarat Bartol. in dict. l. reos, in 2. col. in dict. versic. tu dic clarius, ibi, aut quæris vtrum videantur. Et sequuntur,*

quuntur ibi Legistæ, præsertim Paul de Castr in 2. col. versic. si autem quæritur, an videantur ad inuicem fideiubere, per tex. notab. & singul. cum ibi not. in l. in lege Falcidia hoc esse seruandum, in prin. ff. ad l. Fal. & valde notanter Saly. in l. 1. in 2. col. vers. ex prædictis inferunt quidam. C. de duobus Reis.

Per quæ iam clarissime infertur, & primo, quum præfati sex, Henricus à V. Ioannes de A. Cham à S. Ioan. K. Hart. à K. & Erhardus S. solum obligauerint se in solidū, & quilibet potuerit conueniri à creditore pro tota summa, quod tamen ipsi potuerint vti beneficio Epistolæ Diui Adriani, & compellere creditorem à singulis, quo soluendo fuerint, partem suam petere. Item & secundo, quum vsi non sint illo beneficio, & quidam ex illis solidum soluerint, quod non possint absque aliqua cessione reliquos conuenire, quum nulla aduersus illos obligatio vel actio nata sit, &c.

THEMA CONSILII LXXXI.

Vtrum tutores possint collocare pecuniam pupillarem sub vsuris. Et quomodo ratione damni ex tali mutuatione sub vsuris contingente, conueniri possint.

SVMMARIA.

1 *Non reputatur esse in culpa, qui credit illi, qui tempore contractus est soluendo, licet postea ad paupertatem redigatur.*

2 *Administratori siue gestori non imputatur casus, si culpa non præcessit.*

3 *Quod lucrum vsurarum hodie omni iure non pertineat ad pupillum.*

CONSILIVM LXXXI.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Tutores N. pupillæ habētis suum patrimonium in pecunia numerata, eandem pecuniam mutuo dederunt quibusdam mercatoribus, receptis annuis quinque pro centum. Et vni etiam ex tutoribus certam summam mutuo dederunt, qui postea non reperitur soluendo. Quæritur, vtrū à marito quondam pupillę suæ tutores possint conueniri, ratione illius damni, ex mutuatione sub vsuris facta, contingentis. Et determinatur, quod sic. Secundo quæritur, vtrum vnus solus ex tutoribus, cæteris soluendo existentibus, possit eo nomine conueniri. Et respondetur, quod non. Sed omnes tutores soluendo existentes, posse conueniri in loco administratæ tutelæ, nisi fori præscriptione se tueri possint. Et pro decisione illorum dubiorum in primis videtur dicendum, quod tutores habeant intentionem fundatam, per text. in l. qui sub conditione, in fine, dum
1 inquit: Cæterum † debitores, cum quibus ipse contraxit, non vtique in diem mortis domini sui fuisse idoneos, præstare cogendum est, sed eo tempore, quo his creditum est, eius conditionis fuisse, vt diligens paterfamilias crediturus fuisset. Et sic est ibi tex. rotundus, quod non imputatur administratori vel gestori superueniens eius paupertas debitorum, si tempore quo contraxit, fecerit vt diligens paterfamilias. ff. de condict. & demonst. quam l. ibi expresse notat Paul. de Cast. pro tutoribus, & aliis administratoribus, qui tenentur rationes reddere. Et quod si deposuerint pecuniam domini penes mercatorem, qui communiter reputabatur idoneus, non imputetur si refellit postea & perdatur pecunia. Sufficit enim quod tutores agant bona fide, & faciant ea in administratione eorum, quæ alias quilibet bonus pater familias in rebus suis faceret, & diligentiam adhiberet. *l. cum plures tutelam, post princip. & in fine, cum ibi not. ff. de administra. tuto.* Et clarius claro est, quod legitimis administratoribus, tutoribus, curatoribus, & quibuscunque aliis non imputatur casus fortuitus, si non præcesserit culpa. *l. quæ fortuitis, cum multis concordant. ibi in gloss. allegat. Cod. de pignor. actio.* Et † quod administratori siue gestori non impute- 2
tur casus fortuitus, nisi culpa eius præcesserit, est text. in l. si negocia. ff. de negot. gest. *Et probatur etiam per text. in l. 1. & per multa alia iura. Cod. de arbitr. tutel.* Et est textus aptus in l. quicquid, quod scilicet tutores vel curatores solum teneantur de dolo vel lata culpa, vel leui, non autem leuissima, *secundum gloss. ibi, quæ exemplificat hoc per l. periculum, ff. si certum petatur. C. eodem tit. arb. tutel.* Multo minus tenetur de casu fortuito, qui nullo modo præuideri poterat. Item & secundo, pro tutoribus in præsentiarum bene facere videtur text. in d. l. si negocia, ad finem, vbi est casus, secundum verum intellectum glo. ibi, quem ibi sequuntur Barto. & communiter Doctores, quando scilicet in eadem administratione contingit lucrum, & damnum, in diuersis rebus, tunc fiat compensatio lucri cum damno. Et per hoc finis d. l. si negocia, non contrariatur principio eiusdem, vbi videtur contrarium probari, sed in proposito nostro in eadem administratione videtur lucrum factum, scilicet in alia pecunia pupillari, & in prædicta pecunia pupillari mutuo data sub vsuris, siue annuis censibus Kiliano R. est ortum damnum, ideo videtur præcise, quod hic habeat locum compensatio lucri cum damno. Et per consequens, quod stet inuictum secundum fundamentum pro tutoribus adductum: & quod videtur etiam multum plausibile, & demulcere aures audientium. Et videtur hoc apte confirmari per text. in l. si tutor qui repertorium. §. si tutor pecuniam pupillarem, vbi dicit tex. Si tutor pecuniam pupillarem suo nomine seruauerit, ita demum cogetur vsuras, quas percepit, præstare, si suscipiat pupillus cæterorum nominum periculum, *& l. cum quæritur. ff. de admi. tu.*

Tamen prædictis & quibuscunque aliis non obstantibus, videtur posse attentari, quod in puncto iuris intentio prædicti P. nomine curatorio vxoris suæ sit magis fundata. Et veritas illius Responsionis pendet ab eo, an scil. sæpe nominati tres tutores fuerint in culpa in dando huiusmodi mille & 400. florenos, nomine pupillæ suæ, sub vsuris, seu annuis censibus, quæ duo pro eodem supponunt, iuxta illud Saluatoris Christi: Mutuo date, nihil inde sperantes, &c. Kiliano R. contutori eorum. Et licet videatur prima fronte probari per text. in Authentico, Nouissime, & in corpore vnde sumitur per hæc. C. de administra. tuto. quod non fuerint in culpa, quia tex. ibi, & ita ius nouum Authenticorum non prohibet tutorem fœnerari cum pecunia pupillari, imo permittit, sed solum remouet necessitatem, qua scilicet tutores & curatores erant obstricti fœnerari cum pecunia pupillari de iure antiquo. *dict. l. tutores qui repertorium. §. vsuræ, & l. si tutor constitutus, cum simul. ff. de admi. tut.* & etiam patet ex Auth. C. de admi. tuto. in 2. eius parte, dum inquit: & de pecunia pupillari ferenda vel deponenda vnde sumpta est d. Authentica, Nouissime. Nam text in §. quia autem, post prin. in Auth. C. vt hi qui obligatas se habere perhibent res minorum, inquit: Sancimus nullam necessitatem ex ll. esse curatoribus pecuniam minorum fœnerari. Et ita aperte patet, quod ius nouum facit ex necessitate voluntatem, ponendo scilicet hoc in arbitrium siue voluntatem ipsorum tutorum, siue curatorum. Et ita expresse dicunt Cyn. & Salic. in d. Authentica, Nouissime, propter quod ipsi in d. Authentic. reprobant gloss. ibi, in verbo, Periculo, volentem, quod si tutor vel curator fœnerauerit pecuniam pupillarem, quod teneatur etiam de casu

de casu fortuito, quia culpa præcedit casum, cum dictum ius nouum non prohibeat tutores & curatores fœnerari, sed solum necessitatem remittit, quare culpa non præcedat casum, cum tutores & curatores per ius nouum non prohibeantur fœnerari, sed sit eis permissum, si voluerint, licet nō necessitentur, vt de iure antiquo. Tamen veritas est, quod hodie propter prohibitionem iuris diuini & Canonici, & per consequens etiam iuris ciuilis: cum Imperator dicat sacros Canones, & ll. obseruandas: vt in Authentico, vt Clerici apud proprios Episcopos. §. vltimo, collat. 6. d. § Quoniam. & d. Authentica sint correcta, scilicet quantum ad hoc, vt tutores & curatores possint fœnerari pupillarem pecuniam, etiam si eius substantia sit solum mobilis. Et ita expresse dicit Azo. in summa sua, super tit. C. de adminiст. tutorum, *in vlt. riga. 4. colu. cum prin. sequen.* in hæc verba prorumpens: Hodie autem & olim iure diuino magis authentico cautum est veteri & nouo Testamento, nullius pecuniam fœnerandam. Subiungens: vt plene dixi supra de vsuris. §. vlt. Et Iacob. de Bel. in d. §. Quoniam autē. *vers. Opponitur tertio*, dicit, quod illud, quod dicitur in d. §. Quoniā, corrigi, scilicet, quod hodie tutores & curatores, sicut non suo, ita nec alieno nomine possunt fœnus exercere, *per c. si. 46. dist.* Quia peccatum est fœnerari. Subiungens: quia omnia mala potius pati debemus, quam malum operari. *c. Sacris, de his quæ vi metusue causa fiunt Et est text. nota in l. Ita ne aliquem, 32. quæst. 5. & sunt verba S. Augustini. l. Palam. §. Non est ignoscendum. ff. de ritu nup.* Et idem tenet Cyn. in d. Authentica, Nouissime, *in versi. vltimo quæritur*, subdens, quod istud audiuerit per Cy. confirmare, quia vsuræ prohibitæ sunt de iure Canonico, & ciuili, & quia fœnerari est mortalissimum peccatum, sicut rapere. Nam vsura vsu raptura est, & peccatum non cogitur tutor nomine pupilli incurrere. Et Iacob. de Bel. in d. §. Quia autem, sequitur etiam Bart. ibi late, & valde eleganter ibi Salyc. in d. Authentica, Nouissime, concludentes,
3 † quod etiam lucrum vsurarum hodie omni iure non pertineat ad pupillum, cum tutor teneatur ad restitutionem vsurarum. Cum ergo pupilli vel adulti intersit pecuniam suam non esse fœneratam, tutor vel curator fœnerando eam dicitur esse in culpa, *secundum Sal. in d. Authentica, Nouissime.* Et licet text. in d. c. fin. 46. distin. loquatur solum in Clericis, tamen idem est in laicis, cum vsuræ sint in se malæ, & ita contractus vsurarius sui natura sit vitiosus, & malitia conuolutus. *cap. Super eo, de vsuris. Bald. Sal. & Legist. in d. Authentica, Ad hæc. C. de vsuris, & multum late Ioan. Andr. in Regula peccatum, de Regulis iur. in 6. in Mercu.* Et ita prohibitæ vtraque pagina veteris & noui Testamenti, & iure Canonico, quia malæ & peccatum, omnibus indifferenter prohibitum est exercere vsuras, & in hoc nemo dubitat, vel dubitare debet, nisi auaritia obcæcati, & laqueis Diaboli inuoluti, iuxta illud Pauli Apostoli: Qui cupit fieri diues in hoc seculo, incidit in multas tentationes & laqueos Diaboli. d. autem Authentica, Nouissime, & in corpore vnde sumitur, nō est correcta, quantum ad hoc, quod si tutor fœnerauerit pecuniam pupillarem, quod damnum spectet ad ipsum. Et si tutor vel curator fœneratus fuerit pecuniam minoris, & si ipsius interfuisset pecuniam suam non fuisse fœneratam, tunc tutor tenetur ei ad interesse. Ita magistraliter decidit Iacob. de Bel. *in d. §. Quoniam autem, in fin. præalleg. versi.* Et dicit idem esse in fratre, quia pecuniam communem ad vsuram mutuauit. *& alleg. ad hoc text. in l. Socium, in princip. & l. Si vnus §. Si vnus. ff. Pro socio.* Ex quibus iam liquido inferri videtur, quod cum sæpenominati tres tutores fuerint in culpa, fœnerando præfatam pecuniam pupillarem, maxime cum aliam etiam pecuniam pupillarem fœnerauerint. Et ius nouissimum Authenticorum, in quantū disponit, quod damnum, quod inde sequitur, pertineat ad tutorem vel curatorem, in hoc non sit correctum, sed de iure diuino & etiam Canonico, in hoc magis confirmatur, cum tutori prohibitum sit fœnerari, quod ipsi teneantur resarcire vxori præfati P. damnum ex ista pecunia fœnerata secutum, hoc est, ei soluere sortem, in quantum eam vsuræ receptæ non minuerint, præcipue cum appareat ipsius interfuisse illam summam pecuniariam non fuisse fœneratam, & ita sub vsuris Kiliano R. non fuisse mutuatam. Per quę etiam patet, adducta pro parte tutorum minime obstare. Et primum fundamentum ex eo non obest, quia præfata verba testatoris debent intelligi secundum dispositionem iuris communis. Nec testator, vt per vulgat. patet, potuisset tutoribus Testamentariis imponere aliquod, quod esset pecca. inductiuum, vel in se malum, &c. Nec secundum fundamentum habet locum hic, quo adducebatur, quod fieri deberet compensatio lucri cum damno emergenti, scilicet ex culpa. l. Et ideo, vbi dicitur: Quod si socius quædam negligenter in societate fecisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia, & leg. de illo, vbi si vnus ex sociis admiserit alium, & socius admissus ex vna parte fecerit damnum, & ex altera lucrum admisit, lucrum tamen erit commune, nec compensatur lucrum cum damno, quia socius admittendo socium fuit in culpa. ff. Pro socio. *Et ita in specie per dicta iura determinat Bartol. in d. l. Si negocia. in versic. Oppono 1. pro socio. l. de illo. & sequuntur Doctores*, sed præfati tres tutores fuerunt in culpa. Ergo, &c.

Responsio ad secundum quæsitum, quantum ad primam eius partem, est clara, licet Vdalricus R. de iuris rigore possit in solidum conueniri ab N. P. nomine vxoris suæ. Tamen ex quo omnes tres tutores sunt soluendo, ipse posset vti beneficio diuisionis, iuxta §. Nec tractemus, & hoc quantum ad primam partem secundi quæsiti. Item videtur, quod quamuis alii duo tutores iam non reperiantur in L. tamen quum ibi administrauerint, & etiā ibi pro curatoribus se gesserint, quod etiam ibi possent conueniri, & per præsidium Iuris citari, *per text. in l. 1. iuncta glo. ibi. C. Vbi de ratiociniis, tam publicis, quam priuatis agi oportet, & sequuntur ibi Salyc. & Paul. de Castr.* Nec obstaret si obiiceretur, quod hic P. nomine vxorio non ageret vel agere intenderet contra R. vt redderet rationem administrationis suæ, cum prius eam reddiderit, sed solum pro resarcione damni secuti ex præfato contractu mutuo, quia illa Actio quam intendit intentare, pertinet ad illam administrationem, & ex ea oritur. Et hoc sufficit, vt possit conueniri vbi administrauit, *vt patet per text. in l. 2. C. eod. tit.*

Tamen ista de Iure communi non habent locum in vno contutore, scilicet in Domino Doctore Francisco H. vt possit conueniri in L. coram iudicio seculari, propter priuilegium fori, quia est Ecclesiastica persona, *per c. Si diligenti, cum similibus, de foro competenti*, quod etiam procedit de iure ciuili, *Authentica, Statuimus, alias, noua constitutione statuimus, cum similibus. C. de Episc. & Cler.* Et hoc pro tanto etiam habet locum, quod Clericus sine consensu Episcopi, nō possit prorogare iurisdictionem laici. *c. Significasti, eod. tit. de foro compet.*

THEMA CONSILII LXXXII.

Quando filius possit reuocare feudum antiquum, à patre suo legitime alienatum.

f 4 SVMMA-

SVMMARIA.

1 *Persona patris & filij pro vna reputantur.*
2 *Titulus pro hærede, non habet locum in suis hæredibus, cum in suis hæredibus potius censeatur continuatio dominij, quam successio.*
3 *Filius potest venire contra factum patris, quando agit de consequendo beneficio, quod non habet à defuncto, &c.*
4 *Sufficit si hæres non immiscuit se hæreditati, nec habet necesse adire prætorem.*
5 *Vasallus non potest præiudicare agnatis in feudo antiquo, etiam nondum natis, sed nascituris.*

CONSILIVM LXXXII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. N. habens quædam bona feudalia antiqua, cum forte desperaret, se non procreaturum, vel relicturum filios masculos, vendidit illa bona feudalia T. post autem nascitur illi filius, quo post se relicto moritur. Filius autem habens magnam affectionem ad illa feuda antiqua agnationis, seu familiæ suæ, quæ per patrẽ erant vendita, cupit illa precio emptori restituto vendicare. Quæritur ergo vtrum ea reuocare possit. Et determinatur, quod sic. Maxime si hæreditati paternæ se non immiscuerit: & quod in præsenti casu feudis in extraneũ alienatis, non possit excludi annali præscriptione, nec etiam potuerit currere contra illum præscriptio 30. annorum, eo in pupillari ætate constituto.

Pro clariori, & magis euidenti elucidatione veritatis præfatarum Responsionum, ad quæstiones propositas datarum: Primo adducam aliqua, quę faciant contra huiusmodi decisiones, siue responsiones, & principaliter contra primam, & ita quod sæpenominato N. de N. nullo modo competat ius reuocandi etiam pro parte alienationem, siue permutationem factam à patre suo Petro de N. in Christo defuncto. Et primo constat, quod feuda hæreditaria, & ita etiam Stamlehen/non transeunt ad filios vel filium. c. 1. in 2. respons. vbi dicitur: Vbi vero filiũ reliquit, ipse non potest hæreditatem sine beneficio repudiare, sed aut vtrunque retineat, aut vtrunque repudiet, quo repudiato ad agnatos, si paternum sit, pertinebit, in tit. An ag. vel filius. c. Filius, vbi inquit text. Filius non potest retinere hæreditatem patris absq; feudo. Propinquus autem potest, *in tit. de capita. qui curiam vendidit. dd. in d. c. 1.* Filii † enim hæredes patris, cum sint vna persona cum defuncto, *vt in Auth. in princ. de iureiur. à moriente præstit. collat. 1.* non possunt venire contra factum patris, & ita cõtra alienationem siue permutationem à patre factam. *l. Cum à matre. C. de rei vendic. l. Si ab eo. C. de liber caus. cum concor. ibi in glo. adductis. l. Si venditrici. C. de reb. alie. non alie.* Filius enim etiam prætextu militiæ non debet infringere factum patris. l. Quæ à patre, vbi dicitur: Quæ à patre geruntur, non decet pro disciplina militari à filiis ad irritum reuocari. & sequitur ibi in text. Cum nec patrẽ tuum in rebus humanis agentem, affirmes conquestum fuisse super huiusmodi contractu. C. de instit. militum. Filii autem in potestate patris tempore mortis patris, sunt hæredes ipsius patris sui, & necessarii. §. Sui, vbi inquit tex. Sui autem & necessarii hæredes, sunt veluti filius, filia, nepos neptisue ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint; & postea text. ibi declarat, quare dicantur sui hæredes, dicens: Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes sunt, & viuo quoq; patre quodammodo domini existimantur. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnino siue velint, siue nolint, tam ab intestato, quam ex testamento ex lege 12. Tabularum hęredes sunt, Insti. de hære. qual. & differ. Et ideo sui hæredes fiunt etiam ignorãtes, & statim morte parentis, quasi continuatur dominium. §. Sui autem hæredes, Instit. de hær. quæ ab intest. defer. *l. In suis*, & ait ibi iureconsultus inter cætera, vnde etiam filiusfamilias appellatur sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus est, & sic ideoque post mortem non hæreditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationẽ consequuntur, hac ex causa licet illi non sint hæredes instituti, domini tamen sunt. *ff. de lib. & posth. hære. instituen.* & ideo secundum Bart. & dd. in d. l. in suis, in prin. per text. ibi, in filiis suis hæredib. non dicitur post mortem patris noua hæreditas, cum suitas, prout per dicta iura patet, operetur continuationem dominii bonorum paternorum, post mortem patris in suos hæredes sine aliquo medio, quare † in suis hæredibus non habet locum titulus pro hærede. *l. Nihil. C. Pro hære. l. 2. §. Filium, ante fi. ff. eo. tit. pro hæred.* Ideo suis hæredibus 2
extantib. ad probationem vsucapionis, vel præscriptionis alius titulus quam pro hærede, est necessarius: Vt si pater detinebat vel possidebat fundum alterius sine titulo, & sic poterat præscribere longo tempore, cum in tali præscriptione requiratur titulus & possessio. *l. Nullo iusto. C. de rei vend. l. Diutina. C. de præscri. long. temp.* eo mortuo si succedit sibi hæres extraneus, poterit præscribere pro hęrede, nam licet deficeret titulus in persona hæredis extranei, quia habet titulum pro hærede habilem ad præscribendum, *vt tot. tit. ff. de eo qui pro hærede*, sed filius, qui est suus hæres patris, non potest præscribere longo tempore, titulo pro hærede, d. l. nihil. vbi tex. formaliter inquit, nihil pro hærede posse vsucapi suis hæredibus existentibus magis obtinuit, cum in filio non censeatur nouus titulus pro hærede, & sic in hoc filius est deterioris conditionis, quam extraneus hæres, *& ita notanter declarat D. Ias. in d. l. in suis, in 1. nota.* & ideo inter mortem patris, & filii immixtionem non est dare medium, ex quo dominium ipso iure in eum continuetur, *vt probatur in l. Si post mortem, in princip. l. Quæsitum. §. Præsenti. ff. de leg. 1. l. 1. §. Qui sunt in potestate. ff. Si quis omiss. caus. test.* quare glo. notab. in l. Cum hæreditas, in verbo, Successeritis, in fine, quam ibi multum not. Bal. vult, quod in suis hæredib. non sit dare hæreditatem iacentẽ. Per quæ videtur inferri, quod præfatus N. de N tanquam suus hæres patris, nec in totum, nec pro parte possit reuocare alienationem, siue permutationem factam à Petro de N. patrẽ suo, per iura supra allegata, quod potissimum in præsentiarum videtur procedere, cum tempore sæpenominatæ permutationis factæ nondum fuerit natus, sed demum postea iam facta & perfecta huiusmodi permutatione. Item attento, quod à tempore alienationis plus quam triginta anni effluxerint, iuri, seu actioni in personam reuocandi intelligatur præscriptum per regulam l. Sicut, dum inquit: Quæ ergo antea non sunt motæ actiones 30. annorum iugi silentio, ex quo competere iure ceperunt viuendi vlterius, non habeant facultatem &c. C. de præscri. 30. vel 40. an. Tamen prædictis omnib. & quibuscunq; aliis non obstantibus, arbitror responsionem siue decisionem ad primam quæst. datam, de iuris scilicet rigore, & subtilitate verã, videlicet, quod etiamsi N. de N. adiuisset hæreditatẽ patris, vel proprius loquendo, si ei immiscuisset, quod tamen adhuc competeret sibi ius reuocandi, saltem pro parte oblato, & soluto precio, vt in prima responsione deductum est. Et primo per text. not. licet vulg. in c. Titius filios, in secundo responso, vbi est text. ad literam, qui secundum communiter Doct. loquitur in feudo antiquo legitime alienato, accedẽte scilicet consensu domini, si Titius habens filios masculos, alienauerit feudum antiquum, quod filii nedum mor-

tuo,

tuo, sed etiam viuo patre, possint tale feudum reddito precio recuperare, & ita alienationem reuocare, *in titu. Si de feud. fuer. cont. inter dom. & agn.* Item in feudis antiquis factum patris non nocet, nec præiudicat filiis, quamuis postea sint eius hæredes, ita vult gloss. ordinaria, in verbo, Inuestituræ, in fin. dum inquit: Respondeo, quæ opposita sunt loquuntur in feudo paterno, & hoc non est paternum, sed ab antecessoribus acquisitum. Igitur non iure paterno hoc habet nepos, *Argum. l. Si arrogator. §. penultim. Digest. de adop. in cap. Hoc quoque, in titul. de success. feud. & bene facit, quod decidit ibi eleganter Bald. ad fin. 1. colum. versicul. Pone ergo, recepi feud. &c. cum princip. sequen. Quæ refert & sequitur quasi de verbo ad verbum Dom. Iaso. in Consil. 156. incipien. Magnificus vtriusque iuris Doctor, in quarta column. versicul. 3. principaliter facit cum princip. sequenti. in 3. volum.* Et licet possent plura adduci, quæ tamen hic omittuntur, cum in proposito, vt statim patebit, N. ab N. non fuerit hæres patris sui Petri.

Nec prædictis obstat text. in d. c. 1. An agna. vel fil. vbi filius non succedit in feudo, nisi sit hæres &c. & si est hæres, non potest venire contra factum patris sui, & ita contra contractum à patre celebratum. Nam Bald. in Consi. multum eleganti, 215. *incip. Proponitur, quod inuestitura antiqua à quinque annis, in versic. Et si dicatur filius non succedit in feudo, nisi sit hæres.* respondet ad istum text. Refert & sequitur D. Ias. in præalleg. cons. *in 5. col. vers. quarto ad idem facit.* Tamen istæ responsiones non sunt admodum tutæ. Nam communiter tenent Doct. in d. c. 1. quod quando feudum sit receptum pro se & filiis suis, & descendentibus, non facta mentione de hæredib. quod text. ibi non habeat locum, sed quod filius possit retinere feudum, repudiata hæreditate: secus quando sit receptum pro se, & filiis, & hæredibus, quia tunc debet vtrunque retinere vel repudiare, si est ergo hæres patris, sequitur, quod alienationem eius non possit impugnare. Ideo vera solutio est, quod licet verum sit, quod etiam feudum antiquum, ab antecessoribus pro se, & filiis, & hæredib. acquisitum, & sic hæreditarium non possint filii consequi, & repudiare hæreditatem, sed requiritur vtrunq; copulatiue, quod sint filii & hæredes. Tamen hoc non obstante, quod filii sunt etiam hæredes patris alienantis feudum antiquum, tamen nihilominus possunt tale feudum antiquum, auitum & proauitum reuocare, precio oblato,
3 & † patet tunc filiis non potest præiudicare, cum filii tale ius non à patre, sed à genere, & sic progenitoribus acquisiuerunt, licet ministerio patris. Nec obstat, quod dictum est, scilicet filium hæredem patris non posse venire contra contractum patris. Nam ad hoc respondet Bald. *in præalleg. Consil. ante fin. 2. colum. versi. Tertio respondetur,* quod imo hæres potest venire contra factum defuncti, quando tendit ad fundandum hæredem à beneficio, *vt notatur in l. 1. & 2. C. Si quid in fraud. patro.* ita & solutio patet, per d. gloss. ordin. in c. Hoc quoque, imo & clarior solutio ad prædicta patet per illud, quod Bart. Magister legum, *per d. l. primam & d. l. 2.* valde pulchre decidit in l. 2. *ad fin. versic. Oppono.* quod hæres non possit venire contra factum defuncti, procedat, nisi quando à defuncto non habet illud, quod à defuncto necesse est sibi relinqui, & ita præcise apparet, vt loquitur in terminis nostris, *& ita post responsiones Bald. respondet in terminis D. Ias. in præalleg. Consil. in 5. colum. versi. tertio & ad hoc notabi.* Sed de his amplius hic superflue non est insistendum, cum præfatus N. de N. filius Petri, abstinuerit se ab hæreditate, quia nunquam se ei immiscuerit, nec eandem adiuerit. Nec obstat text. supra allega. *scilicet § Sui l. in suis,* & alia, licet filius in potestate sit suus hæres patris, velit nolit, & quod ipso iure in eum dominium continuetur &c. tamen habet beneficium à prætore, quo potest se abstinere ab hæreditate paterna &c. d. §. Sui, in fin. vbi dicitur: Sed his prætor permittit volentibus se abstinere ab hæreditate &c. *l. 1. & 2. C. de repud. vel abstinend. hæred.* nec filii in potestate, & sui hæredes habent necesse propterea adire prætorem, sed sufficit, quod se non immiscuerint hæreditati paternæ, l. Ei qui, vbi di- 4
citur: † Ei qui se non immiscuit hæreditati paternæ, siue maior sit, siue minor, non est necesse prætorem adire, sed sufficit se non immiscuisse hæreditati, *& l. Necessarius, in princip. ff. de acquiren. hæred. l. 1. Cod. Si vt ab hæred. se abstin. glo. in d. §. Sui, in verbo, prætor.* Item quamuis filius in potestate sit suus hæres, tamen non potest conueniri, & ita in effectu non tenetur, nisi probetur, quod immiscuerit se hæreditati, & in dubio non præsumitur se immiscuisse, sed onus probandi, quod se immiscuerit, incumbit creditoribus, *ita probatur per d. l. Ei qui, quam ibi Cyn. & Alexand. ad hoc notant,* & dicit ibi Alexander, quod ista sit communis opinio, vt creditoribus incumbat onus probandi, eum immiscuisse, *vt probatur in dict. leg. Necessarius, gloss. in l. Si cum dotem. §. Transgrediamur. ff. Solut. matrimon. gloss. in dict. leg. Necessarius, in verbo, Tenetur,* & ibi Bartol. & Legist. cum multis concordan. adductis per Dominum Ias. in d. leg. Ei qui, in princip. vbi etiam attestatur illam esse communem opinionem.

Cum ergo in terminis nostris sæpenominatis N. de N. non immiscuerit se hæreditati paternæ, & habeat præsumptionem iuris pro se, quod se non immiscuerit, nisi ex aduerso probetur: sequitur indubitanter, quod possit dictam reuocationem facere, & ita fundatam esse principalem responsionem siue decisionem, ad primam quæstionem datam, & ita, quod cessent etiam supra in contrarium ducta, ex quo in effectu non est hæres propter beneficium abstinendi ei à iure indultum, & quod contra eum non probatur, quod immiscuerit se hæreditati paternæ, & ita etiam quod ille casus non sit comprehensus in dispositione d. c. 1. An ag. vel filius. cũ hic filius in proposito non velit patri suo in feudo succedere, & ita retinere feudum ei delatum, & hæreditatem repudiare, sed feudum alienatum à patre eius legitime, sc. accedente consensu domini feudi, ex iuris permissione reuocare, reddito precio. Et prædicta, quando sc. filius non immiscuit se hæreditati paternæ, plus semel obtinui in contingentia facti, & videtur sine omni scrupulo, si contra N. à N. non possit probari, quod se immiscuerit hæreditati paternæ, nec aliquod præiudicium ei generare potest, quod tempore alienationis siue permutationis huiusmodi factæ nondum fuerit natus, sed postea. Nam † sicut vasal- 5
lus possidens feodum antiquum sine voluntate expressa vel tacita agnati proximioris, etiam legitime accedente scilicet cõsensu domini feudi, in præiudicium ipsius proximioris alienare non potest, ita nec pater in præiudiciũ filii, *vt aperte patet in c. 1. de alie. feud. pater. iuncto d. c. Titius filios masculos,* sed consensus agnati proximioris consentientis, nõ præiudicat aliis agnatis, etiam nondum natis, sed nascituris. Ita in terminis decidit Aluar. post Andr. de Isern. principem Feudistarum, in d. c. Hoc quoque, *in 5. col. versi. Puero ab extra an consensu. &c. per text. in l. 2. Cod. de libert. & eorum libertis, & in l. Cum pater. §. Libertis. ff. de leg. 2.* Subiungens, in hæc verba prorumpens: Quinimo & omnes agnati, qui tempore alienationis & consensus nondum erant nati, nec concepti. & alleg. ad hoc bonum text. in l. Si cognatis. ibi, dum inquit: Cæterum si quis testamenti facti tempore cognatus non fuerit, mortis tempore factus est per arrogationem, facilius legatum consequitur. ff. de reb. dub. *l. Placet, in fin. ff. de iniust. rup. & irr. fact. testa. l.*

Qui

Qui in vtero.ff.de statu hom. nam prouisio est generalis omnibus de agnatione, nec est dare rationem diuersitatis. Ergo debet extendi ad quoscunque. *l. Liberorum, in princip. ff. de verb. sign.* vt cum huiusmodi feuda deferantur à genero, & non à patre, debent remanere in familia. *l. 3. ff. de interdict. & relega. vt ibi latius per Aluar.* Et pro confirmatione illius adduco notabilem limitationem, ad leg. Quoties. C. de fideicommiss. Nam ista lex disponens, quod res prohibita alienari à testatore extra familiam, cõsentientibus omnibus de familia, in quorum fauorem prohibitio facta est, alienari possit, procedat, quod scilicet isti qui de familia consenserunt, reuocare non possunt, sed nati ex istis possunt reuocare postea, cum intelligantur omnes de familia, non solum præsentes, sed etiam nascituri, ita limitat d. l. Quoties, Fulgo, ibi, *per l. Pete. §. fin. ff. de lega. 2. cum glo. ibi*, & licet ille tex. parum facit, tamen limitatio est vera. Et ibi refert & sequitur D. Ias. *in 2. col. vers. Secundo limitá.* allegans d. l. Si cognatis, & bene. Subiungens: Nota & liga in digito, quia quotidianum est. Nec obstat præscriptio sæpenominato N. à N. Nam quamuis text. in d. c. Titius filios masculos, dicat proximiorem agnatum excludi à reuocatione per lapsum anni à tempore scientiæ, nam tex. ibi loquitur, quando feudum est alienatum in alium agnatũ remotiorem, nam ipsa agnatio & proximitas ipsius possidentis, & scientia proximioris agnati reuocare volentis, cum isto transcursu anni coniuncta operatur istud, quod ipse proximior videatur tacite consentire alienationi factæ agnato suo, vt sic elapso anno computando à tempore scientiæ non audiatur vlterius ad reuocandum: vbi vero esset facta alienatio in extraneum, qui non est agnatus, non excluderetur anno, sed exigerentur anni 30. *d. l. Sicut, & l. Malæ fidei. C. de præscript. long. temp.* & vult gloss. in d. c. Titius, in verbo, per annum, *quam ibi sequuntur And. de Iser. Bald. Aluar. Cardi. & communiter Doct.* & subdit ibi Aluar. & referens prædicta ad vtrunq; casum illius c. Siue sit agnatus, qui reuocare velit, vt in prima parte: siue sit filius, vt in secunda. *Et ita tenet Andr. de Iser.* Nec obest si obiiceretur N. de N. filio Petri N. alienantis, quod à tempore alienationis essent plures anni, quam triginta elapsi. Nam contra ipsum N. de N. existentem in pupillari ætate, non currebat præscriptio 30. annorum, sed interim dormiebat, & solum incœpit contra eum currere finita ætate pupillari, & ita post completum tempus pupillaris ætatis, annorũ scilicet quatuordecim, *vt est tex. in d. l. Sicut, ibi, sed in pupillari ætate*, & sic claret, quod à tempore alienationis factæ, scilicet anno 13. vsq; huc, adhuc restant plures anni ad complendam præscriptionem 30. annorum, de prædictis scilicet 14. annis, in quibus præscriptio dormiebat. Et sic remanent omnes responsiones supra datę verę, & ab omnibus spinis defensæ.

THEMA CONSILII LXXXIII.

De materia prælationis.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter bursam & fiscum.*
2 *Ciuitas non potest habere fiscum, sed bursam.*
3 *Bona vacantia non applicantur ciuitati, sed fisco.*
4 *Differunt fiscus, & Respublica.*
5 *Ciuitas recognoscens superiorem, non habet fiscum, nec ius confiscandi.*
6 *Ius tacitæ hypothecæ in bonis secum contrahentis, potest concedi ciuitati à principe, & etiam priuilegium succedendi in bonis vacantibus.*
7 *Ex consuetudine potest induci, quod ciuitas habeat fiscum, & ius confiscandi.*
8 *Ciuitas de iure communi non habet ius tacitæ hypothecæ in bonis ciuium, etiam ratione tributi, id est*, deß Bürgerlichen Schoß.
9 *Etiam reseruata principi sunt præscript. præscriptione scilicet tanti temporis, cuius initij non existit memoria.*
10 *Contractus contra consuetudinem celebratus, est ipso iure nullus.*
11 *Per concessionem principis nunquam intelligitur præiudicari iuri tert. quæsito, etiam si rescribat in materia, in qua pro sola voluntate potest disponere.*

CONSILIVM LXXXIII.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter imploraro. Casus qui proponitur, talis est: P. ciuis B. contraxit multa debita, ita quod omnia bona sua in vrbe B. sita illis exoluendis non sufficerent, & eam ob rem illis de relictis se absentauit, creditoribus autem petentibus executionem, Senatus prædictæ vrbis allegat se reliquis creditoribus in ea summa, pro qua intercesserant pro P. præferendum, & etiam ratione tributi debiti, tam de iure communi, quam ratione consuetudinis, & communis obseruantiæ, qua obtinuit, quod Respub. eorum fuerit prælata omnibus creditoribus: nec posse illis præferri etiam illos creditores, qui habeant expressum consensum à Prin. cum eorum obligationes non sint factæ consensu Senatus, & consuetudine sit inductum, omnes obligationes bonorum ciuium coram magistratu non factas, nullas esse & irritas. Ex quibus oritur dubitatio, vtrum intẽtio Senatus sit fundata. Et præmissis aliquibus euidentialibus respondetur, quod licet ciuitas ex iuris communis dispositione non habeat aliquod ius prælationis, tamen eam ratione consuetudinis præferendam omnibus creditoribus, etiam illis qui habent consensum Principis, cũ Princeps non præsumatur voluisse præiudicare illis, qui ratione consuetudinis habent iam ius quæsitum, quemadmodum ex sequentibus patet.

Pro magis clara euidentia prædictorum, aliqua breuiter sunt præmittenda, quantum sufficit ad propositum nostrum. Et primo, † quod sit differentia inter fiscum & bursam communem. Nam fiscus proprie dicitur ipsa Imperialis, vel Imperii Camera. *l. Bene à Zenone, in princip. C. de quadr. præscrip. gloss. est ord. super Rub. quam ibi sequuntur Bar. & dd.* C. de iure fisci, lib. 10. & subaudit ibi Ioan. de Plat. *in fi. 1. col. vers. 2. Quæro, cum princ. sequ.* scilicet Camera Imperialis, vel Imperii, in qua receptatur quicquid ad commodum pecuniarium Imperii pertinet. *l. Sed Celsus, in princ. ff. de contrah. empt.* Alia vero quæ pertinent ad honorem, & Iurisdictionem Imperii, non ad bursale, seu ad pecuniarium commodum, non continentur appellatione fisci, sed bene Reipub. *d. l. Sed Celsus, & l. 2. §. Hoc interdictum. ff. Ne quid in loco pub.* per quæ patet, quod idem est dicere, procurator Fisci, & procurator Cameræ Imperialis, vel Papæ, *vt notat gl. fi. in l. fi. super verbo, Publica, quam Io. de Plat. vbi supr. ad hoc citat. ff. de off. assess.* Et † ideo ciuitates, & municipia non habent fiscum, siue ius fisci, licet possint habere bursam cõmunem, quæ tamen bursa communis ciuitatis non dicitur, proprie loquendo, bursa fiscalis, sed communis, *vt l. 1. §. Quibus. Digest. Quod cuiusque vni. nomi.* habentur enim communitates ciuitatum & municipiorum, loco priuatorum, ideo nulla bursa dicitur fiscalis, proprie loquendo, nisi bursa principis, hoc est, Imperatoris, vel Reipub. Romanæ. *l. Si multi. ff. de pub.* l. Eum qui vectigal, vbi dicit tex. Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, publicanum appellamus. Nam publica appellatio in complurib. causis ad populum Romanum respicit, & subiungit: Ciuitates enim loco priuatorum habentur. ff. de verb. sign. l. nihil

intereft,

interest, vbi dicitur: Nihil interest qnis filiusfamilias crediderit, vtrum priuatus, ac ciuitas. Nam in ciuitate quoque S.C. locum habere, Diui Seuerus & Anthonius rescripserunt. ff. ad Macedo. l. Ob pecuniam, vbi dicitur: Ob pecuniam ciuitati subtractam actione furti, non crimine peculatus tenetur. ff. de furtis. *& per illa iura expresse decidit Bald. in l. 1. in 3. colum. versi. Vnde scias, de hær. vel act. vendita, & pulchre Ioann. de Plat. super d. Rub. Cod. de iure fisci, lib. 10.* per quæ iura, vt refert ibi etiam Ioa. de Plat. determinat Alb. de Ros. in 3. parte statutorum suorum, quod communitates ciuitatum & municipiorũ, non habeant fiscum, nec ius confiscandi, & hoc vult etiam gl. in l. Item veniunt. §. Ait Senatus. ff. de petit. hæred. quam ibi notat Bat. post pr.
3 quæ dicit, † quod bona vacantia non applicantur alteri ciuitati, sed fisco. & subiungit Bar. & verum dicit in ciuitatibus, quæ recognoscunt superiorem, sed in his quæ nõ recognoscunt superiorem de iure, vel de facto, vt ciuitates Thusciæ, est ipsamet ciuitas fiscus, & Bald. in l. Properandum, *in pr in 1. col. in ver. Postea dicit.* C. de iudiciis, vbi inquit: Quod aliud est ciuitas, & aliud est fiscus, & quod tamen dicitur in fisco, idem dicendum est in ciuitate Romana, quæ solum habet iura fiscalia. *l. Eum qui vectigal. & Bar. in l. 1. in 2. col. vers. Quæro vtrum pro delictis.*

4 Item & secundo est præmittendum, † quod Fiscus, & Resp. ciuitatum, vel municipiorum, non sunt vnum & idem, & dicit Bartol. in specie *super Rub. Cod. de iure fisci, versi. Si vero accipimus tertio, & quarto modo scilicet pro Repub.* alterius ciuitatis vel municipii, sine dubio non est idem cum fisco, *vt apparet ex l. 1. infr. de bonis vacan. & ex alia Rubr. quam nos habemus infr. de iure Repub. quæ differt ab ista, & valde notanter declarat Ioann. de Plat. ibi in prima columm. tertio & quarto modo.*

5 Item & tertio est præmittendum, † quod licet ciuitates recognoscentes superiorem, vt est insignis ciuitas B. quæ est sub ditione Illustrissimi Principis Electoris B. non habent fiscum, nec ius confiscandi, sed habeantur loco priuatorum, vt supra in primo euidentiali ostensum
6 est: tamen † huiusmodi ius, & præcipue, quod ciuitas habeat etiam tacitam hypothecam in bonis sui debitoris secum contrahentis, ad instar fisci, potest ciuitati à principe, hoc est, à Cæsare concedi. *l. 2. ibi, si enim neque beneficio sibi concesso, id ius nacta est. Cod. de iure Repub. libr. 11.* l. Simile, in fine, dum inquit: Nisi nominatim id à principe datum sit. ff. de municip. imo ea priuilegio, seu concessione principis potest quæri ciuitati ius succedendi in bonis vacantibus. l. 1. in fin. dum inquit: nullo tamen desiderante ac poscente concedi cuiquam voluerimus, huiusmodi tantum valeat liberalitas. Cod. de petit. bonor. sublа. lib. 10. per quæ patet, huic non obstare tex. in l. 1. C. de bon. vacant. eod. lib. vbi scilicet ex priuilegio principis ciuitates non succedunt in bonis vacantibus, & si occupauerint, ab eis auferuntur. Nam glo. ibi, in verbo, Ex permissu, soluit, quam Bart. notat, scilicet, quod d. l. 1. de bonis vacan. procedat, quando priuilegium est ad petitionem partis petentis concessum, secus si motu proprio principis. Nam isto casu quando ceditur ad postulationem partis, præsumitur fraus, secus si motu proprio, de præben. & dig. lib. 6. Ex quibus infertur ista conclusio, *secum. Ioan. de Plat. ibi, in 1. colum. versi. Deinde notat hic, ibi, stat ergo*
7 *conclusio*, † quod ciuitates quæ habent ex consuetudine vel priuilegio ad postulationem non concesso, vel quib. simpliciter sunt concessa regalia, possunt confiscare bona vacantia, & bona ex delictis confiscanda. Idem vult Bar. in d. l. 1. de bonis vacantib. *ante fin. in versic. Quæro vtrum pro delictis*, ibi, dum inquit: Idem si ciuitas haberet ex priuilegio, n. ad postulationem concesso hoc expresse vel simpliciter concessa essent omnia regalia, *vt in feudis 10. colum. quæ sunt regal. c. 1.* Hodie autem merum, & mixtum imperium, & per consequens, ius confiscandi vsurpatum est per consuetudinem, *vt gloss. nota. in Authen. de defens. ciuita § Nullo, Ioan. de Plat. super d. Rubr. d. versi Quinto quæro, in fin. eiusdem, & in d. l. post princip. 2. colum. in versic. Deinde nota ibi, & hoc vtrunque, nisi habeat ciuitas fiscum ex consuetudin. Cod. de bon. vacan.* Et sic consuetudine induci potest, quod etiam ciuitates habeant ius succedendi in bonis vacantibus, excluso fisco. Item accipere bona pro delictis commissis.

Item & quarto præmittitur, quod etiam reseruata principi in signum specialis priuilegii, vt vectigalia, pedagia, ius succedendi in bonis vacantibus, & similia, non possit acquiri præscriptione etiam longissimi temporis, 30. vel 40. annor. *l. Competit. l. de præscript. 30 annor.* Tamen possunt acquiri consuetudine tanti temporis, de cuius initii memoria in contrarium non extat, text. est apertus c. Super quibusdam. § Præterea, de verb. sign. Ex quo infert ibi Panorm. *in Versic. Nota, in §. Præterea.* quod domini inferiores; & ciuitates possunt præscribere potestatem legitimandi spurios. Item restituendæ famæ, creandi tabelliones, & similia, quæ sunt reseruata principi, si subest tantum tempus, *de quo in textu. Panorm. Anth de But & Imo. in cap. fin. de consuetud* Præscriptio enim tanti temporis, de cuius initii memoria non est in contrarium, habet vim constituti, seu priuilegii. *text. est notab. licet vulg. in l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqu. quot & æstiua.* & accedit bonus text. l. 1. §. fin. ff. de aqua pluuia arcenda, quæ dicit vetustatem vicẽ legis obtinere &c. & in l. 2. in prin. vbi dicitur: Quod vetustas semper pro lege habeatur, & text. nota. in l. fin. ibi, dum inquit: Quibus vetustas autoritatem daret, quamuis ius non probaretur. ff. de aqua pluuia arcend. Per quæ breuiter patet, quod ea quæ possunt acquiri ex concessione, siue priuilegio principis, possunt etiam acquiri consuetudine, siue præscriptione tanti temporis, de cuius init. memoria non est in contrarium. Istis sic præmissis patebit veritas responsionum supra datarum & in primis prima responsio, quod Consulatus veteris vrbis B. de iure communi non habeat tacitum pignus, nec aliquam prælationem præ aliis creditorib. eiusdem, in bonis P. pro summa pecuniæ, pro qua obligauit se pro eo, vt
patet per clar. text. in d. l. Simile, in prin. dum inquit: † Si- 8
mile priuilegii nulla habet ciuitas, in bonis debitoris, & subaudit ibi gl. in prin. de bonis tacite obligatis, quæ habet fiscus. *l. Auferatur. § Fiscus. ff de iure fi ci. dict. leg. 2. Cod. de iure Repub.* Et ita etiam in Repub. ciuitatis habet locum vulgata Regula: Qui prior est tempore, potior est iure, ita probatur per text. ad brocam, in l. Si fundum. C. Qui pot. in pig. habeantur, vbi inquit text. Si fundum pignori accepisti, antequam Reipu. obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior es iure, & ita summat Bald. ibi illum text. Quod priuatus priori tempore præferatur Reipu. quæ est posteriori tempore, & eodem modo etiam Regi & Imperatori. Nec obstat tex. in l. Bonis, in fin. vbi dicitur: Respu. creditrix omnib. chirographariis creditoribus præfertur. Nam ille tex. loquitur & intelligitur in Repub. Romana, *secund. glo. in d. l. Simile, & Bar. in d. l. Bonis, in fine.* & illa non est diuinatio propter iura supra allegata, expresse disponentia, quod ciuitas, vel Respub. non habet ius pignoris in bonis debitoris sui, sed quod sit instar priuati creditoris: secus tamen est in fisco, qui scilicet habet tacite obligata bona debitoris secum contrahentis. *l. 1. & 2. C. in quib. caus. pign. tacit. contrahatur. l. 1. Cod. Si propter pub. pensita* Et sic claret, quod priuilegia indulta à iure fisco, non sunt concessa ciuitati vel Reipubl. ciuitatum, seu municipiorum,

cum

cum diuersa sint fiscus & huiusmodi Respubl. Quod etiam videtur habere locum in terminis iuris communia in debitis, quæ ciuis debet Consulatui, vt schoß vnd zinß / quod scilicet etiam pro illis ciuitas non habeat prælationem, nec ius taciti pignoris, cum hoc nullo iure reperiatur cautum. Nec probari videtur per text. in dict. l. 1. C. Si propter publ. pensita. quia ille text. loquitur, si fuerit cessatum in solutione tributorum fiscalium, quod ipse fiscus præfertur omni creditori, quo scilicet ad ipsum prædium tributarium, & ita quoad tributum debitum pro prædio tributario, secundum Doctor. ibi, nullus creditor potest esse prior fisco. Nam ius commune, quod loquitur in prælatione tributorum, omnem contractum præcedit antiquitate & tempore: quando autem aliquis esset debitor fisci ex alia causa, quam tributorum, licet habeat fiscus tacitam hypothecam pro eiuscemodi debito in bonis debitoris sui, tamen tunc non præfertur priuato habenti priorem hypothecam: & ita etiam in fisco isto casu obtinet regula: Qui prior, de Regul. iuris, in 9. Ethic. hoc modo debet intelligi glos. ibi, in verbo, Creditore, dum inquit: Nisi potior esset in tempore, ita probatur in l. Si pignus, & l. fin. §. Negociatori, alias fin. vbi dicitur, Quod priuatus habens hypothecam expressam, præferatur fisco, & Cæsari postea contrahenti. ff. Qui pot. in pignor. habeantur. Tamen cum ciuitas B. habeat merum & mixtum imperium, & præsupponitur saltem ex longo vsu, & per consequens etiam iura fiscata, *vt patet per adducta supra copiose in 3. euidentiali.* Sequitur, quod bursa communis ipsius sit instar fisci, & per consequens, quod etiam habeat nedum tacitam hypothecam, sed etiam ius prælationis in bonis debitorum eiusdem, & ita in proposito in bonis P. pro tributis, hoc est, für die verfessene Schoß vnd Zinß / de bonis eiusdem, ita quod in eis Consulatus sit præferendus omnibus aliis creditoribus, etiam habentibus anteriorem expressam hypothecam, & quod in alia summa, pro qua Senatus obligauit se pro eo, præferatur etiam aliis creditoribus P. non habentibus antiquiorem expressam hypothecam, *per d. l. 1. iuncta gloss. ibi, in verbo, Creditore, & quod ibi per eum notant Bald. Ang. & Paul. de Castr. C. Si propter pub. pensita. vt etiam supra deductum est,* & ni fallor credo ita communiter obseruari in ciuitatibus quod Senatus pro tributis, & ita pro ordinariis oneribus & debitis, præferatur omnib. aliis creditorib. in bonis ciuiū, & ita per huiusmodi vsum pateret, quod d. l. non solū fisco, sed et in Republica ciuitatum locum haberet, cum consuetudo sit optima legum interpres. l. Si de interpretatione. & l. Minime. ff. de legib. c. Cum dilectus, de consuet. per quem text. Panorm. *ibi in 3. col. in versicu. Item nota, quod consuetudo,* dicit, quod lege existente dubia, debemus recurrere ad consuetudinem loci, & si de ea appareat, non est recedendum ab illo intellectu, quem consuetudo tribuit, etiamsi ex postfacto appareat, quod ille intellectus in se non sit bonus, nam debet illud saltem valere ratione consuetudinis, *& dicit pro hoc facere quod legitur & notatur in d. l. Minime, & d. l. Si de interpretatione.* Ex quibus infert, quod consuetudo habeat vim interpretatiuam.

Et stante consuetudine vrbis B. de qua supra facta est mentio, quod scilicet eadem semper & immobiliter obseruatum fuerit, quod consulatus indifferenter pro debitis ciuium eiusdem semper habuerit prælationem in bonis eorundem, siue alii creditores habuerint hypothecam etiam expressam anteriorem, siue non, apparet veritas vltimæ responsionis supra datæ, videlicet, quod sæpenominatus Consulatus veteris vrbis B. virtute huiusmodi consuetudinis de iure validæ, præferendus sit omnibus aliis creditoribus in bonis P. non solum pro tributis, sed etiā pro sæpenominata summa, pro qua se obligauit etiam habentibus expressam anteriorem hypothecā in iisdem, cum istud possit ciuitati concedi à principe, scilicet quod habeat ius hypothecæ in bonis ciuis debitoris, ita etiam quod habeat ius prælationis, & per consequens consuetudine induci potest. Nam † etiam 9
quæ sunt reseruata principi in signum supremæ potestatis, siue singularis priuilegii consuetudine tanti temporis &c. acquiri possunt, de quorum numero, vt apparet, non videtur, illud scilicet, quod ciuitas habeat ius tacitæ hypothecæ, & etiam prælationis indifferenter & simpliciter in bonis ciuis debitoris sui. Quare in proposito non videtur cursus tanti temporis necessarius, sed quod iste casus sit comprehensus in materia l. de quibus. ff. de legibus. in §. Ex non scripto, Inst. de iure natu. gent. vel ciuili, vbi dicitur: Ex non scripto ius venit, quod vsus approbauit, nam diuturni mores consensu vtentium comprobati, legem imitantur. *cap. fin. de præscriptione, cum multis similibus*; & secundum communem opinionem & veram dd. in locis prællega. ad inducendam consuetudinem, etiam contra ius commune, sufficiunt regulariter de iure ciuili 10. anni, quam sententiam tenet certam vtraque Schola Cano. & Legistarum, etiamsi non fuerit obtentum in contradictorio iudicio. *d. l. fin. reprob. gloss. in hoc d. cap. fi. & in d. l. de quibus, & in l. 1. & 2. C. Quæ sit long. consuet.* nisi consuetudo induceretur in his quæ sunt reseruata principi, in signum supremæ potestatis, tunc enim requiretur tantum tempus, de cuius initii memoria non extat in contrarium, vt patet per ea, quæ in quarto euidentiali adducta sunt. Sed hic de hoc non est superflue insistendum. Et statuta & consuetudines locorum, vbi vigent. *cap. ius ciu. ile. 1. distinct. l. Omnes populi. ff. iustitia & iure, & cum ibi notatis*, & ideo iura mandant iudicari secundum statuta & consuetudines locorum. *cap. 3. de eo qui mittitur in possessio. caus. rei seruand.* & bonus textus in c. 1. iuncta gloss. in verbo, de iure, vt lite pendente, *ibi, & ita quod dicit de iure,* vbi id quod competit de iure speciali, dicitur competere de iure. *cap. Illa, 12. distinct. l. an in totum. Cod. de edi. priuat. & valde notanter Panormitan. sup. Rubr. in fine, de consuet.* Et per prædicta clarius claro etiam infertur, valere consuetudinem veteris vrbis B. qua introductum est, non valere hypothecationem vel impignorationem factam de bonis, communi siue expresso cōsensu & voluntate iudicii ibidem, & ita quod dicta consuetudo dicitur etiam ius ciuile præfatæ vrbis, prout supra deductum est, & hoc pro tanto procedit, quod appellatione iuris simpliciter etiam venit consuetudo, *ita probat gloss. in l. Præscriptione, in verbo, iuris, ibi, dic ergo iuris consuetudinem, iuncto text. ibi, in prin. ibi scilicet, si in iuris narratione, & gl. intelligit, dicendo: Dic ergo iuris consuetudinem. C. Si contra ius vel vtilita. publ. & ita per prædicta not. ibi expresse Paul. de Cast. in d. l. Præscriptione, ante finem 4. colum. vers. Et ego addo quartum.*

Hinc infertur, † præfatam impignorationem fa- 10
ctam de bonis P. sine consensu iudicii, contra sæpenominatam consuetudinem fuisse & esse ipso iure nullam & inualidam, *per text. ad liter. in leg. Non dubium, ibi, nullum enim pactum, nullam conuentionem, iunctu sequen. Cod. de ll. l. Si non sortem, in princ. ff. de cond. indeb.* Et sic text. in dict. l. Non dubium, ibi, nullum contractū inter eos videri volumus subsecutum, est ad hoc valde nota. quod quando contractus fit contra legem, aut mentem legis, habetur fictione iuris, perinde, ac si nunquam fuisset factus aut celebratus, & per hoc infert ibi valde eleganter Bald. in 2. notab. Et sequitur Paul. de Cast. quod si fiat contractus contra legem, vel contra formam statuti,

quod

quod de tali contractu non debeat solui gabella, quia habetur periode, ac si nūquam fuisset factus, *& ad hoc pulchre facit, quod Bartol. in l. Si quis duobus §. Sin autem, in 2. colum. versic. Et istud est vtile. C. Commun. de legatis, decidit.* Hinc notanter decidit Innoc. in c. Certificari. de sepul. quod qui quartam petit, quæ sibi de iure debetur, intelligitur, nedum de iure communi, sed etiam de iure consuetudinario. Nec obstare potest coosensus illustrissimi principis E. ad huiusmodi impignorationem impetratus, ipso iure tamen nullam, quum per talem consensum nullo modo præsomatur velle præiudicare iuri quæsito ex huiusmodi consuetudine Consulatui B. cum etiam summus princeps, vt Papa, vel imperator, qui tameo ex plenitudine potestatis alteri præiudicare potest, licet secus sit io io-
11 ferioribus à principe, id est, Cæsare † tamen nunquam intelligitur per suam concessionem vel priuilegium præiudicare iuri tertii, *libr. 2. § Si quis à princ. §. Merito. ff. Ne quid in loco publ.* l. Nec auus, vbi dicitur: Nec in cuiuscunq; iniuriam beneficium tribuere moris est nostri, *cum concord. ibi in gloss. alleg.* & text. valde not. etiam de iure Caoonico, quod est plenum æquitate, in c. Quamuis, inquit enim ibi in fi. text. Cum talis restitutio, vbi ad aliud non exprimitur, intelligatur fieri sine iuris præiudicio alieni, de res. in 6. Et dicit ibi Phi. de vltimo tenementi, & ita allegatur, quod restitutio, & quælibet alia gratia priocipis, nunquam præsumitur velle tollere ius alteri quæsitum, etiamsi rescribat in materia, in qua pro sola volootate possit ius alteri auferre, sicut est ibi in materia beneficiali, io qua scilicet Papa ex sola volūtate disponere potest. *c. proposuit, de concess. praben. capit. 2. de praben.* & in quibus sufficit voluntas pro ratione, *secundum gloss. in c. Si gratiose, eo. ti. de rescrip. in 6.* Quam autoritatem multi contra iura & rationem sibi vsurpare conantur, non in modicum præiudicium iurium aliorum. Et sic patet præfatum conseosum illustrissimi priocipis habendum pro nullo, & perinde ac si nō esset impetratus, porissimum quod ille cōseosus P. fuerit obrepticie & surrepticie, tacita scilicet veritate impetratus. Nam si illustrissimus princeps Elector, vigilantissimus obseruator iuris, & amator iustitiæ, certior redditus fuisset de sæpe præfata consuetudine, & vso veteris vrbis B. nullo modo adhibuisset coosensum huiosmodi impignoratiooi, & per cōsequens patet, huiusmodi consensum saltem in effecto noo valere, *vt patet per ea, quæ habentur & notantur in l. Rescripta. C. de diuers. rescrip. & d. l. Præscriptione, & not. text. per quem declarātur omnes leges, de hac materia loquentes, in cap. Super literis, de rescrip.* Ex quibus iam omnibus inconuincibiliter ostensum est, stantibus præfatis consuetudinibus & obseruantiis sæpeoominatæ veteris vrbis B. vltimas Responsiones supra datas, & ita intentionem Consulatus esse io iure fundatas.

THEMA CONSILII LXXXIV.

Quod iurisdictiones & alia iura incorporalia non præscribātur, ignorantibus illis de quorum præiudicio agitur.

SVMMARIA.

1 *Iurisdictio non competit priuato, nisi ex singulari concessione.*
2 *Etiam merum imperium consuetudine vel præscriptione acquiritur.*
3 *In incorporalibus scientia & patientia aduersarii requiritur.*
4 *Præscriptio est stricti iuris, vt præscribens visitationem, non intelligitur præscripsisse procurationem.*
5 *Quantum possessum, tantum præscriptum.*
6 *Dictum de præscriptione iurisdictionis non extendenda, intelligitur quando sunt diuersæ species: secus quando sunt eadem.*

CASVS.

N. Nobiles recognoscentes quædam booa feodalia à Conutib. à B. in quibus prætendunt se exercuisse quosdam actus iurisdictionales, puniendo scilicet adulteria & alios excessus ciuiliter legitimo tempore ad præscribendum babiti. Et propter illos Actus, licet iurisdictione nō sint inuestiti, volunt sibi vsurpare merum & mixtum imperiom, & generalem iurisdictionem puniendi excessus etiam criminaliter. Quæritur igitur, primo, vtrum habeant intentionem fundatam suæ prætensæ iurisdictionis, ratione infeudationis. Et vtrum potuerint præscribere ignorantibus dominis directis, quibus generalis iurisdictio competit. Et an præscribendo in vna specie, intelligantur etiam præscripsisse in alia. Et respondetur, quod Nobiles prętendentes iurisdictionem, teneantur probare suam intentionem, & quum ea non sit illis concessa, neq; in genere, neq; in specie, probatio exercitii non sufficit, nisi probetur etiam scientia & patientia dominorum directorum, de quorum præiudicio agitur. Et ad generale exercitium iurisdictionis non sufficit probatio præscriptionis vnius speciei, quia præscriptio non extenditur ad diuersas species iurisdictionis.

CONSILIVM LXXXIV.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Licet in præsenti casu multa possent adduci, tamen ea breuitatis intuitu omittuntur. Ideo veritas prædictę Responsionis, omissis omnibus superfluis breuiter ex infra scriptis patebit. Et primo est indubitatum, quod eum validi à Z. prætendant iurisdictioni merum & mixtum imperium, vnd also die obern vnd nidern Gericht in præfato pago L. quod eis incumbat probatio, quia est fundamentum intentionis ipsorum. *l. Ei qui dicit. l In exceptionib. ff. de prob. l. Si vero. §. Qui pro rei qualitate, cum ibi notatis. ff. Qui satisda. cogan.* Quod porissimum procedit in mero imperio, quod non competit, nisi cui lege, vel Seoatusconsulto concedatur. *l. 1. in princ. & ibi not. ff. de offic. eius cui mand. est iurisdict.* Similiter † est indubita- 1
tum, quod iurisdictio non competat priuato, nisi ex singulari concessione, priuilegio, consuetudine, vel præscriptione, quibus scilicet modis iurisdictio acquiri potest. *l. 1. de emancipa. lib. & ibi Doct. & in l. Imperium. ff. de iurisdict. omn. iud. cap. Cum contingat. & ibi Canon. de foro competen.* Et quod etiam merū imperium cōsuetudine vel pręscriptione acquiri possit, probatur per l. Vires. C. de diuers. offic. lib. 12. Et † in hoc non est hic insistendum, quanto 2
tempore de iure communi præscribatur merom imperium, quum de iure Saxonum, vt apparet, sufficiat & requiratur præscriptio 30. annorum, anni & dierum. Sed quum validi à Z. neque per breue restatum, neq; per testes possint probare eis concessam iurisdictione in præfato pago, vel in genere, vel in specie à Generosis Comitibus de B. Sequitur quod virtute infeudationis non possint eam prætendere, nec in suo genere, prout comprehendit tres species, scilicet merum imperium, & mixtum. Item iurisdictionem simplicem in specie. *d. l. Imperium, & ibi Doct. ff. de iurisdict. omn. iud.*

Nec præfati à Z. per actus exercitos ab eis, quibus scilicet punierunt adulteria, & alios excessus ciuiliter, & pœna pecuniaria tantum, etiamsi probarent quod huiusmodi actus tempore de iure Saxonum ad legitimam præscriptionem inducendam requisito, citra tamen scientiam & patientiam Domiootum Comitum de B. quibus concessa est omnimoda iurisdictio ex dicto pago, ab Illustrissimo principe S. exercuissent, præscriptione iu-

risdictionem in genere vel in specie acquirere potuerunt. Quia quum sine possessione non currat præscriptio. capit. *Sine præscriptione, cum similibus, de regulis iur. libro 6.* Et cap. Iuribus incorporalibus, prout sunt etiam iurisdictiones, non sit dare possessionem, nec ipsa vere possideri
3 possint. *l. Seruus. §. Incorporales. ff. de acquir. rer. domi.* sed solum quasi possidentur, † quæ quidem quasi possessio inducitur per scientiam & patientiam aduersarii. Ideo iura incorporalia non possunt præscribi aduersus ignorantes, & sic sine quasi possessione. Ideo in præscribendis iuribus requiritur scientia & patientia aduersarii, quum sine possessione, vel quasi non inducatur præscriptio, *secundum Bartolum & communiter ll. in leg. 1. & 2. C. Quæ sit long. consuetud. cum concordantiis, ibi per eos adduct.*
4 Item & † præscriptio est stricti iuris, pro tanto, quod si prælatus præscribat visitationẽ, non tamen dicitur præscripsisse procurationem, *secundum gloss. in capit. Odia, de reg. iur. in 6.* Hinc dicit Innoc. *in capit. Auditis, de præscript.* quod præscriptio super vno iure, non extenditur ad aliud. Et in specie decidit valde notanter Barto. *in l. 1. §. Si quis hoc interdicto. per text. ibi ff. de itin. actuq; priuâ.* videlicet, quod in præscribenda iurisdictione probata quasi possessione certi actus, in illo tantum actu præscribat, non in aliis.
5 Quia † in præscriptionibus quantum possessum, tantum præscriptum, & non plus. d. §. Si quis hoc interdicto, *in versi. Iulianus ait,* iuncta glo. not. ibi, dum dicit: quo ad vsque, idem ad quem locum in fundo. Et dicit ibi Bartol. & nunquam obliuiscaris. Et licet super isto passu, an præscripto vno gradu meri vel mixti imperii, vel iurisdictionis in specie sumptæ, fiat extensio, *de quo per Doct. in d. l. Imperium, Cyn & Salycet. in d. l. 1. de prætor. libe. Innoc. in capit. Dilectus. de capell. mon. Et multum plene Anton. de Butr in cap. fin. de causa possess. & proprieta. Bartol. in d. §. Si quis hoc interdicto. Et plenissime per Felin. in cap. Auditis, mihi in 6. colum. incip. Caterum pro ordinanda difficili & periculosa materia extensionis præscriptionis. &c. cum verbis sequent. in antiqua impressura: cum multis concordant. per eum ibi traditis, de præscript. Et super ista materia varii varia dicunt, vt patet in præallegatis loc.* Tamen, vt ex dictis Doctor. patet, magis communis sententia est, quod præscriptio vno gradu iurisdictionis, in vna scil. specie, fiat extensio ad alios gradus eiusdem speciei, non autem ad aliam speciem diuersam, *per l. Si prius, in princip. ff. de aqua plu. arcend. & ita tenent per Cyn. & Salycet. in d. l. 1.* & Paul. de Castr. in d. l. Imperium, *in 1 colum. versi. Scias tamen*, vbi dicit; Quod si quis præscripserit merum imperium per vnum modum, puta quia consueuit decapitare delinquentes, quod possit mutare modum, scilicet suspendere, vel per alium modum quem voluerit, punire similiter delinquentes, cum ista non sit diuersa substantia, sed qualitas, *allegat. ad hoc l. 4. §. Si quis riuum. ff. de riuis.* Et dicit expresse Dn. Ias. in d. l. Imperium, *mihi in 10. col. in versi. Tertio circa prædictam materiam*, ibi scilicet: Et sic vides, quod ista sit magis communis sententia in antiq. impressu: adducens pro hoc dictam Regulam, quæ habet; quod in præscriptionibus tantum dicitur præscriptum, quantum possessum, & non plus. *Et ita etiam tenet notanter Alexand. de Imol. in Consil. 210. incip. Et viso & dudum discusso, mihi ad fin. 6. columu. versic. Hoc probatur ex his, cum princi sequ. in 2. volum.* Et per prædicta debet intelligi dictum Bart. in §. Si quis hoc interdicto, cuius dictum etiam ita in effectu declarat Anthon. de Butr. in d. cap. fin. vbi di-
6 cit inter cætera, † quod dictum Barto. in d. §. Si quis hoc interdicto, de præscriptione iurisdictionis non extendenda intelligatur, quãdo iurisdictio habet diuersas species, puta de criminali ad ciuilem, de contentiosa ad voluntariam: secus vbi sunt eiusdẽ, quod ibi valde eleganter & multis verbis exẽplificat. Hinc pulchre notat Cast. in d. c. Cum contingat, *per illum text. & ibi Pan. Imo. in cap. Pastoralis. in princ. ff. de off. deleg. Alexan. de Imo. in l. 2. in 1. colu. in versi. in gloss. ibi, vt modica. ff. de iurisdict. omn. iu d.* quod quando quis præscripsisset iurisdictionem, non tamen intelligeretur præscripsisse modicam cohertionem in corpus. Ex quibus iam liquido infertur, quod posito, quod validi à Z. scientibus & patientibus Generosis Comitibus de B. habentibus vniuersalem iurisdictionem in eorum comitatu & territorio, &c. puniissent adulteria; & alios excessus in sæpenominato pago L. ciuiliter tantum, sc. in pecunia vel cereuisia, tamen illa præscriptio nullo modo extenderetur, nec extendi posset, q̃ committentes huiusmodi, vel alios excessus, & crimina possint puniri pœna capitali: & ita pœna corporis afflictiua. Cum de ciuili ad criminalẽ, tanquam ad diuersam speciem, nõ fiat extensio præscriptionis. Sed quid opus est in præsentiarũ magna discussione istius materiæ, quum nullus actus iudicialis in loco, vbi supr. scientibus & patientib. D. Comitibus de B. præfati à Z. exercuerunt. Ergo etiam si 30. annis, anno, & diebus, eis ignorantibus exercuissent actus quoscunque iurisdictionales, tamen nullam omnino speciem iurisdictionis præscripsissent, vt ex supradictis patet, cum iurisdictiones & alia iura incorporalia, ignorantibus illis, de quorum præiudicio agitur, non præscribitur, vt ex supra adductis patet. Ergo, &c.

THEMA CONSILII LXXXV.

Quando tertius non litigans possit com pelli ab vno ex lit gantibus ad editionem instrumẽti penes eum consistentis.

SVMMARIA.

1 *Instrumentum vel litera confecta mandante, volente vel consentiente eo per quem petitur fieri editio à tertio, vel qui successit in locum mandantis seu consentientis, ad eius requisitionem, si litigant cum tertio, est edendum.*
2 *Sicut actus factus nomine meo; per quem acquiritur mihi ius, potest à me ratificari, ita etiam actus factus, ex quo acquiritur facultas possidendi.*
3 *Quemadmodum quis cogitur testificari pro tertio, ita etiam cogitur vt edat tertio instrumenta, ad causam pertinentia.*
4 *Acta respicientia vindictam publicam, debent edi omnibus quorum interest.*
5 *Cum interest meâ editionem fieri, possum intentare actionem in factum, licet instrumentum me manda te non sit factum.*

CONSILIVM LXXXV.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Super proposita quæstione respondetur breuiter. Et primo, quod sit sine omni dubio, Senatum H. penes quem tanquã tertium, consistunt literæ C. Archiepiscopi M. A. Ducis S. ex quo huiusmodi literæ sint confectæ consensu & voluntate vtriusq; partis, & continent commune negotium, potissimum etiam quod sint communes, ratione proprietatis, chartæ & ceræ, & vtriusq; Principis sigillum in eis appositum sit, &c. fuisse obstrictum ad petitionem procuratorum illustr. Principis E & literas requisitorias, &c. ad eundem ad editionem huiusmodi literarum. Quapropter ad fundamẽtum seu ad adiuuãdum intentionem Principis E. S. &c. procura. Celsitud adhuc possunt huiusmodi editione literarum C. & A. petere à Consulatu H. & Consulatus, cum quo Princeps E. nullum habet litigium ad faciendam talem editionem, de iure compelli potest & debet.

Ista Responsio, omissis omnibus superfluis, breuiter ostenditur. Nam licet dubium sit, An vnus litigantium cum

cum alio possit à tertio, cum quo non habet litigium, petere, vt edat sibi instrumentum penes eum consistens. Et licet in isto dubio gl. & Docto. multum varient, ta-
1 men † quando instrumentum vel literæ sunt confectæ mandante seu volente, vel consentiente eo, per quem petitur fieri editio à tertio, seu qui successit in locum mandantis seu consentientis, tunc huiusmodi literæ omnino edendæ sunt à tertio *Ita probatur aperte per text. in l. Quadam in fin. & in l. Si quis ex argentarius. §. Pertinere. ff. de edend.* Et ita tenent etiam communiter omnes Doctores, etiam tenentes illam opinionem, videlicet quod tertius, penes quem consistit instrumentum, & cum quo non vertitur lis, iure non possit cogi, ad edendum tale instrumentum alii tertio, petenti ab eo petitionem fieri. Nam ratio fundamẽtalis Doct. tenentium illam opinionem, de qua per eos in cap. 1. de probat. est ista, quod ille, qui non mandauit, nec per se, nec per alium, confici instrumentum sine literas, nec successit in ius mandantis, non habet ius petendi talem editionem à tertio, *vt prob. in d. l. Quadam. in fi. in d. §. Pertinere.* Et sic aperte sentiunt per d. iura, quod isto casu, quando literæ sunt confectæ de voluntate expressa, vel tacita petentis vel succedentis ius consentientis, seu volentis, seu mandantis, quod tertius iure possit compelli ad editionem earundem Et per hoc breuissime radicitus est sublatum fundamentum Magistratus H. & quod Consulentes pro ipso, pessime consuluerint. Quia dato, non tamen concesso, quod distinctio Doctor. in præsenti dubio; An scilicet tertius teneatur edere instrumẽta, sit vera, quia se distinguunt. Quod si is tertius libere voluerit edere, quod possit: Si autem non voluerit libere edere, quod tunc compelli non possit. Tamen limitant istum secundum casum, nisi instrumentum esset confectum mandante etiam eo, à quo petitur fieri editio, *vt etiam expresse post Doct. in d. c. 1. dicit Alex. de Imol. in Cons. 58. incip. Circa primum quæsitum videtur prima consideratione dictum Pet. mihi post princ. 2. col. ver. Aut quæritur, an si quis principaliter, &c in 1. vol.* Imo eleganter concludit etiam D. Card. in d. c. 1. quod etiam si scriptura esset facta à tertio me nõ mandante, & ignorante; Tamen si fuisset facta de negocio principaliter ad me pertinẽte, quia cum tunc in dubio videatur fieri, contemplatione mei. *l. Si pupilli. §. Sed si ego, cum sua materia. ff. de nego. gest.* potero habere ratum istud factum. Et sic censebitur scriptura facta me mandante. *Et ad hoc bene facit text. in l. Prætor. §. 1.*
2 *ibi, mei causa. ff. de eden.* Quia † sicut actus factus nomine meo, per quem acquiritur mihi ius, potest à me ratificari. *d. l. si pupilli. §. Item quæritur.* Ita potest haberi ratus actus factus, ex quo acquiritur facultas possidendi, *vt notat Ioan. Andr. in Specul. titul. de confess. §. Nunc dicendum. versic. Quod si confiteor. Et plene Bald. in leg. fina. C. Quando liceat ab empt. disced. Ad idem, quod not. D. Anton. & Imol. in cap. Si cautio in §. fallen. de fide instru. Et hac dicta Dom. Card. refert etiam Felin. in d cap. 1. mihi ante finem 9. colu. versic Limita 5. & retenta hac secunda opinione pro veriori.* Quanto magis Magistratus H. obstrictus est ad præfatam petitionem & requisitionem, ad edendum literas præfatas, voluntate & consensu tam principis A. E. S. quam A. C. confectas, & commune negocium continentes, potissimum etiam, quum, vt ad patet, apud Consulatum, ratione publici officii, pro communi vtilitate vtriusque partis huiusmodi literæ tanquam communes in custodiam depositę sint. *Imo vltra prædicta videtur de hoc text. ad literam, in l. 3. §. Interdum, secundum intellectum Raph. ibi. ff. de exhib. Et idem tenet Imo. in d. cap. 1.* Et pulchre Angel. Perus. in d. l. 1. §. Edenda, *post princip. in versic. Et adde vnum.* ff. de edendo, vbi scilicet deciditur, quod si petitur principaliter editio instrumenti ab eo, qui non est dominus: Sicut in proposito Senatus H. penes quem sunt dictæ literæ, est dominus literarum C. &c. ratione interesse petentis, possessor cogitur edere, &c. Et hæc Responsio est sine omni scrupulo, ex qua conuincitur aperta excusa Consulatus H. denegantis editionem harum literarum. Ideo in hoc non est latius superflue insistendum.

Et hic aliquantulum possit dubitari, an Magistratus H. ad prędictam petitionem, & literas requisitorias, &c. fuerit obstrictus, & hodie sit obligatus procuratoribus Principis E. S. edere alios libros, registra & signaturas, penes ipsum vel grab. consistentes, in isto litigio seu lite, non vertente cum ipso Cõsulatu, sed cum Archiepiscopo M. tamen etiam breuiter respondetur, quod licet huiusmodi signaturæ seu registrationes nõ sunt factę mandante Principe E. vel suis progenitoribus & antecessoribus, ex quo tamen principaliter sunt factæ siue emanatæ de negocio principaliter ad Principem E. S. pertinente. Et aliqui ex testibus ab Archiepiscopo productis, se expresse referant, vt ex dispositionibus eorum paret, ad signaturas prædictorum librorum & registrorum. Et sic huiusmodi signaturæ seu registrationes sunt factæ de actis in hoc litigio, & per consequens, quum ex hoc etiam clareat, quod Principis Electoris multum intersit, editionem harũ signaturarum, &c. fieri. Et præsertim cum Consulatus H. in hac lite vertente inter Principem E. S. & A. M. ipsi A. ad sui petitionem ediderit literas seu signaturas penes se consistentes, & ita vt æqualitas seruetur inter partes litigantes, maxime etiam quod nomine Principis E S. non potest aliter fieri fides de illis signaturis, quam per hanc editionem, &c. quod sępe nominatus Magistratus H. non obstantibus rationibus per eum in contrarium adductis, iniuste denegauerit procuratorib. Principis E. S. &c. editionem huiusmodi librorum, registrorum, & signaturarum, & quod hodie ad petitionem eorundem ad editionem obstricti sunt, & vt actualiter etiam edant, compelli possunt.

Et veritas huius Responsionis breuiter ostenditur. Nam opinio, quæ habet quod lite vertente inter duos, tertius, cum quo non litigatur, à quo petitur instrumentum penes eum consistens, ab vno litigantium, cogatur ipsum edere, est vera, *quam tenet gloss. expressa, licet aliqui alleg. eam in contrarium, & male, in l. In fraudem. §. Neque, in verb. Edi, circa medium ibi scilicet, Sed si hic est fisci priuilegium.* Ergo alias priuatus teneretur edere aliis inter se litigantibus, &c. *ff. de iur. fisc.* Et ita tenet etiam Anton. de Butr. & Inno. in d c. 1. de prob. quia isto casu tertius, à quo petitur editio ab alio tertio, cum quo non litigat, non edit contra se. Et sic cessat ratio d. c. 1. cum similibus iuribus quibus cauetur, quod regulariter quis non possit compelli, vt edat contra se. Ergo, &c. Et adducunt pro hoc, quia † sicut aliquis cogitur testificari pro tertio *l. Si quando, cum similibus. C. de testib.* ita potest cogi, vt edat tertio. 3
Allegant etiam pro hoc text. in d. l. 3. §. Interdum. Et hoc etiam expresse videtur sentire Bartol. magister legum, in d. l. 1. §. Editiones, *in 1. col. versic. Ego puto indistincte.* ff. de eden. vbi dicit, se putare, quod omnis ille cuius interest, possit petere, vt fiat sibi copia actorum publicorum, per text. in l. Is apud quem. C. de edeo. quæ generaliter loquitur, & per d. l. in fraudem. §. Neque. vbi est speciale, quod contra fiscum non eduntur acta à tertio, sed contra quemlibet alius sic. *Ex quo infert ibi Bart. scilicet in d. §. Editiones, ad literas excommunicationis, vt ibi per eum. Idem pulchre tenet Angel. in d. §. Editiones, mihi in princip. 2. vol. versicul. 1. Tu autem generalem doctrinam tradendo conclude. licet Bartol. non allegat.* Ad quod bene facit quod vult Bald. in Rubr. C. de

4 fide inst. † Quod scripturæ banni, vel alterius actus ad vindictam publicam debeant edi cuicunq; petenti, quia largo modo cuiuslibet interest, quod dicit esse notandum. Idem sentit Bald. in l. fin. *in penult. colu. versic. Ex hoc apparet*. C. de eden. vbi vult, quod licet instrumentum fuit solum ad mandatum vnius, scilicet protestantis, tamen quicunque vult impugnare contractum in instrumento contentum, potest petere à Notario copiam illius scripturæ, quia sua interest. Et sic illa opinio videtur satis sustentabilis, quæ etiam est fulcita autoritate glos. & famosissimorum Doctorum, Innocen scilicet, Anton. de Butr. Bart. Bald. & Angel potissimum etiam, cum, vt apparet, immutatiue magnæ æquitati. Æquum enim censetur, vt quis edat instrumentum consistens penes se, pro confirmanda veritate, quando scil. cet editio non petitur, vt contra se edat, *vt in simili dicit Panorm. in d. cap. 1. mihi, in 5. colum. versic. Aequitatem tamen habet, vt ex iudicis officio postulentur, &c.* Item & secundo, si contraria opinio esset verior, videlicet, quod tertius de iure non possit regulariter cogi, vt edat instrumentum penes se cõsistens, vt scilicet faciat fidem in lite inter alios vertente, *quam tenent Ioan. de Imol. Panorm. Felin. cum concordantiis ibi per eum adduct. in d. cap. 1. Alexan. de Imo. in l. 2. C. de edən. & in d. Cons. 58.* Et mouentur præfati Moderni principaliter per d. leg. Quædam, in fi. & d. §. Pertinere, vbi ille qui non mandauit per se, vel per alium, nec successit in ius mandantis instrumentum confici, non potest petere editionem, tamen tenẽdo primam opinionem, videtur mihi quod sit facilis Responsio ad prędicta iura. Quia licet nõ mandans confici instrumentũ, non possit petere eius editionem, virtute dictorum iurium, tamen poterit peti editio à tertio, per adducta pro prima opinione. Et valde fragilis videtur solutio, quam ponit Panor. in d. c. 1. ponendo scilicet differentiam, quare quis possit cogi ad testificandum, & non edendum tertio, quia nõ est in potestate alicuius venire paratum, respectu testium, sicut respectu confessionis partis. Et quod ista ratio cesset in editione instrumẽti, cum scit quod sibi imputetur, quare sibi à principio non prouiderit. Sed salua pace Panor. ista nõ, vt apparet, nedum est debilis, sed nec etiam vniuersalis. Non enim semper est in potestate partis prouidere sibi de instrumento, sicut nõ fuit in potestate Principum E. S. sibi à principio prouidere, quod huiusmodi registrationes & sigillationes penes Cõsulatum vel graberos H. fierent. Ergo, &c. Tamen adhuc isto casu, scilicet, stante ista secunda opinione pro veriori Consulatus H. nihilominus esset in præsenti casu obstrictus ad editionem huiusmodi Librorum, Registrorum, & Signaturarũ, vt patet ex decisione D. Card. supra adducta. Nam licet huiusmodi Registrationes non sunt factę mandante Principe E. ex quo tamen sunt factæ de negocio principaliter ad suam Serenitatem pertinente. Quapropter vt supra ostensum est, etiam in dubio viderentur emanatæ contẽplatione Principis E. pro tanto, quod E. possit eas habere ratas, censentur etiam factę secundum doctrinam D. Card. vbi supra mandante principe E. Ergo, &c. Et optime facit text. in d. l. Prætor, in vers. Huius edicti, vbi dicitur: Æquũ fuit, vt id, quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentũ mihi edi. Item & secundo, quum aliqui ex testibus, referant se in eorum dispositionibus ad huiusmodi registraturas & signaturas, &c. censentur vtiq; esse de actis istius causæ, sed acta causa, tanquam communia parti petenti edi debent. *d. l. 2. alias in l. Is apud quem, cum ibi not. per Bartol. & Doct. C. de eden. Bart. & Legist. in d. §. Editiones. Canonist. in d. cap. 1.* Et confirmantur prædicta ex eo, quod colligunt Franc. de Are. Bart. Sal. secundum vnum intellectum. gloss. in l. Procurator. C. de edend. scilicet, quod si tertius, qui possideret instrumentũ, teneretur agenti cõtra me ratione cõmunis instrumenti, edere instrumentũ, quod ego reus similiter possem petere ab Actore, vt mihi edat. Et ad eundem mihi etiam teneretur, vt ibi latius etiam per eos. Ideo Consulatus & Scabini, qui ediderunt in hac causa A. ad eius petitionem, tenentur etiam edere procuratorib. Principis E. S. alias oriretur maxima inæqualitas, imo iniquitas inter A. & E. quam Principes, vt arbitri in illa causa officio eorum obstricti sunt reducere ad æqualitatem siue æquitatem, per vulga. Præterea cum Principis E. maxime intersit huiusmodi libros, registra, & signaturas edi, & procuratores suæ Celsitu. ratione talis interesse petierint à Consulatu H. sibi edi, Consulatus tenetur ad hoc actione in factũ subsidiaria, dato quod ad hoc non teneretur per edictum de edend. ex quo non processit mandatum principis E. petentis, cogi tamen potest per illam actionem in factum, quamuis nullum præcesserit mandatum. Ita videtur probari per text. in d. l. 3. §. Interdum, ibi scilicet, sed si charta mea non fuit, quia vendicare non possum, nec ad exhibendum experiri. In factum igitur mihi actionem competere. ff. Ad exhib. Et Bald. ibi per tex. ibi, & in d. l. Quædam, in prin. not. dicit; † Quod si mea intersit chartas edi, licet nõ sit 5 mea, nec me mandante, vel procuratore meo facta, tamen debeat edi. Et ita vult Bald. in d. l. Quædam, *in princ. in vna Lect. prout colligitur ibi ex glos.* videlicet, quod quis per illam actionem in factum cogatur indistincte edere, si petentis interfit, licet nullum præcesserit mandatum. Et hoc patet, quia illa actio in factum subsidio non surrogatur in locum actionis ad exhibendum, in qua qualecunq; interesse sufficit. l. Thesaurus. ff. Ad exhib. Refert & sequitur illud dictum Bald. D. Ias. in d. l. Quædam, *in fin. princ. versicul. Secundo subtilius collige*, licet subiungat in fine: Sed tu caue, propter l. 3. §. Si mecum. ff. eo. ad exhibend. *Declarat Cyn. in l. Instrumenta. C. Ad exhibend.* Tamen reuera iste textus in d. §. Si mecum, nihil facit contra dictum Bald. quod optime videtur probari in d. §. Interdum. Imo videtur ipsum confirmari, quia Bald. loquitur de interesse tali, quale probabile tamen, & ideo dicit ibi textus, quod fur, vel latro, non potest agere ad exhibendum, quia non habet probabile interesse. Sed princeps Elector habet valde probabile interesse, Ergo, &c.

Nec nota. per Cyn. in d. l. Instrumenta, aliquid faciunt contra præfatam decisionem, vt patet recte intuenti. Et illam decisionem Bald. sequitur & refert etiam Philippus Deci. intelligendo scilicet ipsam, quãdo apud tertium reperitur originale, *in d. c. 1. 39. col. in prin. vers. scilicet postremo, circa dictũ* §. Et hoc ẽt suadet ęquitas, alias facultas probandi angustaretur, *contra l. Quoniam. C. de hæret. &c.*

THEMA CONSILII LXXXVI.

Qualiter testes non examinati super articulis Interrogatoriis, dolo vel negligentia, iterum sint repetendi, non obstante publicatione. Et quomodo probetur iurisdictio alicui cõpetens in loco. Et duobus probantibus, cuius probatio sit præferenda.

SVMMARIA.

1 *Copia Articulorum & capitulorum danda est parti aduersæ, sed non Interrogatoriarum.*

2 *Testes dolo vel negligentia non examinati super articulis vel Interrogatoriis, non obstante publicatione, denuo possunt examinari.*

3 Clau-

3 *Clausulæ insolitæ faciunt præsumi dolum & fraudem.*
4 *Sola rogatio & iussus domini, est præceptum.*
5 *Veritas exagitata magis exsplendescit in lucem.*
6 *Testimonium idoneum præfertur minus idoneo, nõ obstante multitudine testium.*
7 *Tota substantia depositionis testium regulatur à causa scientiæ.*
8 *Communis fama vel opinio, quod quis talis sit reputatus, nõ probat quod quis propterea sit talis.*
9 *Præscriptio est strictissimi iuris, & non extendenda ad non possessa.*
10 *Vtrum præscripto vno gradu iurisdictionis, in vna specie, fiat extensio ad omnes species eiusdem speciei.*
11 *Ex quasi possessione vnius actus iurisdictionis, non sequitur quasi possessio alterius.*

CONSILIVM LXXXVI.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Ad clare ostendendum. Et primo, quod testes producti nomine Archiepiscopi, adhuc examinandi sint super octo Interrogatoriis designatis circa vigesimum sextum Articul. ipsius ex parte E. non obstante publicatione attestationum. Item & secundo, posito etiã, nullo tamen modo concesso, sicut etiam non est, quod probatio partis aduersæ deberet censeri cæteris paribus, respectu iurium, & quoad numerum testium, aut ob alias circumstantias, fortior probatione facta pro parte Principis Electoris, vel saltem ei æqualis: tamen adhuc in præsenti casu probatio Principis E. multo præferenda & anteponenda esset probationi partis aduersę, & ita nihilominus iudicandum & pronunciandum esset pro Principe Electo. & contra Archiepiscopum, adducitur inprimis. Nam cum, vt ex depositionibus testium ex parte Archiepiscopi productorum & examinatorum, & ex Articulis & Interrogatoriis hinc inde oblatis, & ex adductis per procuratores Principis E. in eorum Exceptione & Replica apparet, procuratores M. vigesimum sextum eorum designatum Articulum, cuius copia vna cum reliquis eorum Articulis fuit data procuratoribus Principis E. ipsique procuratores E. super eiusmodi Articulum octo Interrogatoria, in quibus quasi summa substantiæ probationis Principis E. continetur, obtulerunt Consiliariis Principum commissariorum, postea insciis procuratoribus E. absque omni dubio ad fraudulentam & prohibitam manifestationem saltem vnitus, ad examen testium deputati, mutarunt, vt scilicet testes Archiepiscopi nec etiam non interrogarentur super eiusmodi Interrogatoriis, non in leue præiudicium & damnum E. quum per hoc fraudulenter & dolose procuratoribus E. subtracta sit facultas probandi, quia si sciuissent hanc fraudem interuenire, ista sua Interrogatoria ad alium locum designari fecissent, & ipsi compromissarii, salua eorum reuerentia, saltem per hoc de negligentia etiam conuicti sint, non significando hoc S. procuratoribus: Sequitur euidenter primum, quod testes ipsi adhuc examinandi sint super præfatis interrogatoriis.
1 Nam † quum iure cautum sit, quod copia Articulorum & capitulorum à Iudice danda sit parti aduersæ *secundum Innocentium & omnes Doctores in cap. per tuas, de testibus. Legistæ in l. 2. C. de edend.* licet copia Interrogatoriorum non sit danda parti, *secundum gloss. not. communiter approbatam in cap. 1. in vers. Interrogatoria, ibi, & hæc interrogatoria. &c. per rationem ibi assignatam in gloss. de testibus, in 6. & Doctores in d. capit. Per tuas, & in d. l. 2.* Et articuli, siue capitula, & Interrogatoria dicuntur de actis, & ita communia vtrique partium. *cap. Quoniam contra falsam, cum ibi nota. de probatio. & in d. capitul. 2. de testibus, in 6. l. Aeditor, cum ibi nota. C. de edend.* Quare non fuit in potestate procuratorum Archiepiscopi, huiusmodi Articulum 26. designatum à parte aduersa, insciis procuratoribus S. iam communem vtrique partium mutare, examenque testium super eodem, & Interrogatoriis super eum designatis omittere, potissimum quum etiamsi Iudex dolose vel negligenter omiserit interrogari testes super Interrogatoriis oblatis super articulis à parte aduersa productis, quod non obstante publicatione testium, testes iterum super iisdem Interrogatoriis examinari debeant. *Ita decidit Ioann. Andr. notabiliter in d. capit. 2. & sequuntur ibi Canonist.* Et probatur per d. c. Tuas, vbi deciditur, † quod licet testes super Articulis productis post publicationẽ ad petitionem partis examinari non possint, tamen si ipsi dolo vel negligentia Examinatoris super omnibus capitulis non fuissent examinati, interrogari possunt super his, non obstante publicatione. Et isto casu propter omissum examen etiam in dubio præsumitur malitia, vel etiam negligentia Examinatoris, *secundum Specula. in titul. de test. §. Nunc videndum, quasi in fin. Anthon de Butri. & Ioan. de Imo. in prin. in d. cap. Per tuas.* Et quo ad istum, dolus & negligentia æquiparantur, quum sit eadem ratio vtrobique. d. c. Per tuas, dum dicit in fine: Idque malitiose vel negligentia fuerit prætermissum. Et quod d. cap. Per tuas: loquens in Articulis siue capitulis, habeat etiam locum in Interrogatoriis, tenet Specula. *vbi supr. & sequuntur communiter Canonist. in d. cap. Per tuas,* & dicit expresse Panorm. ibi post principium, *mihi in 3. col. vers. Et nota in quantum extendunt hunc textum ad Interrogatoriam indebite omissam* quod placet eadem ratio, ne dolus vel negligentiâ Iudicis posset obesse parti. Subiungens: Et facit d. cap. 2. eo. titul. lib. 6. vbi expresse dicitur de Interrogatoriis. Et confirmantur prædicta, quia quum 26. prætensus Articulus partis aduersæ fuerit insertus eorum libello, & vsus Articulorum seu Capitulorum solum sit inductus à consuetudine, ita quod non sit de necessitate, quum super ipsa petitione seu deductis in libello possint induci testes; *Arg. capit. Nostra, de procura. secundum Canon. in d. cap. Per tuas.* & in præsenti casu lis sit contestata negatiue super prætensa petitione, seu libello partis aduersę. Igitur pars aduersa non potuit etiam diminuendo emendare libellum oblatum post litem contestatam, quum expresse non renunciauerit liti pro parte. *d. l. Edita actio, cum ibi nota. per Bartol. & communiter Doct.* Quanto magis in casu præsenti omnes testes A. super prædictis octo Interrogatoriis repeti & interrogati debent, cum non solum de negligentia dominorum Examinatorum, sed etiam (salua pace omnium) de aperta & notoria saltem iuris pręsumptione, fraude siue dolo procuratorum partis aduersæ constet, vt scilicet veritas occultetur, & facultas probationis E. procuratoribus detrahatur. Ex quibus iam infertur, quod non sit opus procuratoribus E petere restitutionem in integrum, sed quod ista repetitio & examinatio testium super sæpenominatis octo Interrogatoriis, officio Illustrissimorum & Illustrium dominorum Compromissariorum, quod procuratores ad hoc humilime implorant, quod fieri debeat. 2

Item & secunda pars Responsionis supra adductę, expresse etiam patet. Et primo ex prætensa protestatione testium de Consulatu H. Nam licet ipsa prima fronte videtur satis honeste sonare, & quasi magis propter A. quam E. & illius Interrogatoria esset facta, tamen quum sit insolita, imo quodammodo inaudita protestatio, pręsertim quum ex eo, quod procuratores Archiepiscopi mutauerint 26. Artic. & multis aliis apparet de eorum fraude, per quæ etiam declaratur in isto & aliis animus

eorum, videtur omnino in fraudem, & ita in præiudicium & in suppressionem veritatis iuris Principis E. adiecta, vt scilicet limitato testium iuramento, per huiusmodi protestationem testes de Senatu dicere possent, & iudicare quæ dicere aut omittere in alterius præiudicium, maxime E.S. vellent. 3 Nam † certum est, quod clausulæ insolitæ faciunt præsumi dolum & fraudem *Ita probatur secundum gloss. in l. Si quis sub conditione heredu. quam ibi ad hoc notant Bald. ibi in fin. versic. & alleg. hac gloss & Ang. post princip. versicul. Hæc clausula. ff. de conditionib. instit. Idem volunt in l. Testamentum, Bald. in 3. notab. in fin. ibi, sed quandoque ex abundanti cautela, &c. & ibi Salicet. in 1. notab. Et ibi Pau. in de Castr. in princip. C. de testamen. Idem tenent pulchre Bald. in cap. 1. ante fin. versicul. Quæro de quibusdam, ibi, & concludit per nota. in d. leg. Si quis sub conditione. Et subiungit ibi, quod huic præsumptioni stetur, in titul. de feud. dato in vicem leg. commiss. Ioan. de Imol. in capitul. Ad nostram, de empt. & vend.* Hinc dicit etiam Bald. in cap. Quia verisimile, *mihi in 2. colum versicul. Et nota quasdam præsumptiones, ibi, Item præsumitur*, de præsumpt. quod præsumitur dolus propter insolitas clausulas. *Alleg. ad hoc l. septimam. ff. de condi. instit. Et sic d. l. Si quis sub conditione.* Et egregie Bald. in cap. Tertio loco, *in vltim. colum. versic. Vlterius nota* de probationibus, inquit, quod in totum præsumitur instrumentum ex renunciationibus insolitis suspectum. *Alleg. ad hoc d. gloss quam dicit notatu dignam.* & Bald. in cap. 1. *in princ. in versic. Sed nota*, vbi per text. ibi, *in versic. Sicut vasallus debet, &c.* qualiter vasallus iurare debeat fidelitatem Nota, dicit, verbum aureum, quod in omni iuramento intelligitur clausula, sicut debet iurari. Subiungens: & ideo contra antiquam consuetudinem noua iuramenta extorta, præsumitur impressiua. addens se ita consuluisse cuidam magnifico viro se consulenti in facto valde arduo. Et bene facit quod dicit Anton. de But. in d. l. Ad nostram. Quod si Notarius in instrumento venditionis dixit, quod Titius vere vendidit fundum, & non simulate, quod talis contractus præsumitur simulatus. *Idem vult Bald. in l. 2. alias in l. Emptione. C. Plus valere quod agitur, quam quod simulat, &c. Et quod clausulæ insolitæ inducant fraudem vel dolum, tenet expresse per d. gloss. in d. l. Si quis sub conditione, D. Ias. in d. l. Testamentum in versi. Vlt. nota ex text. ibi scilicet. faciunt etiam clausulæ insolitæ, cum aliis concord. ibi per eum adduct. C. de testam.*

Item & secundo, impressiones, admonitiones, & concussiones factæ nomine Archi. H. testibus subditis suis, quæ apparent ex dictis eorundem testium, incusserunt non mediocrem metum testibus, propter quem sc. metum orta est contra eos vehemens præsumptio ad deponendum in fauorem A. Domini & principis eorum, & contra Principem E. & maxime, quod tacuerint ea, quæ alias dixissent de iure suo, & per consequens eorum testimonium pro Archi. etiam ex eo capite redditur valde 4 suspectum, & minus idoneum. Quia † sola rogatio, & solus iussus domini vel principis est præceptum. *gloss. est notab. in l. 1. in verbo, Quemadmodum. ff. Qui iuss.* & videtur talis metus verborum in domino sufficiens, per tex. in l. Conueniet, ibi, hoc est, dic aliquod verbum in Deum, & morere. Et dicit ibi gloss. in verbo, Morere, quæ colligit ex textu ibi Argumentum, quod si princeps præcipiat aliquem eligi, quod non valet electio, quia est iusta causa timoris, nam & timor verborum excusat, *23. quæ. vm.* Idem, scilicet, quod metus verborum excuset, vult glo. in c. Fuerunt, in verbo, Metu, in 7. distin. Imo solus terribilis vultus potestatis causat iustum metum: & est illicitus contra innocentes *Ita notanter dicit Bald. in l. 1. §. Iniuria, mihi in 5 colum. vers. cul. Quæro vtrum tertius, de pace iur. fir. Refert & sequitur Dominus Ias. in l. de pupillo. §. Si quis ipsi pratori, in 7. column. in antiqu impress in versic. in quinta quæstione. ff. de no. oper. nuncia.* Et bene facit text. in l. fin. §. Si fœnerator. ff. Quod met. causa, vbi dicitur: Quod factum alicuius verecundiæ causa rescindatur officio iudicis. Ex quo infert ibi Bat. quod quando fit aliquid aliquo metu, nō tamen mortis, seu cruciatus corporis, licet nō rescindatur per actionem, rescinditur tamen per officium Iudicis. Per quem text. in d. scilicet §. Si fœnerator, etiam Cyn. in l. Interpositas. C. de trans. dicit: quod factum metu amissionis lucri vel bonorum, rescindatur officio iudicis. & dicit hoc esse notabile, in hæc verba: Et hoc est notabile, quod vbi timeo graue damnum in rebus meis, ibi sit legitimus metus. Ita quod officio Iudicis consulatur mihi aduersus illum, &c. Et quod propter prædicta verba, & admonitiones facta nomine A. præsumatur incussus metus testibus H. tanquam subditis eius, probatur per hoc, quod decidit glo. notab. in l. 1. §. Quod onerandæ, & quod ibi eleganter dicit Barto. ff. Quarum act. non detur. & alludit ad hoc bonus textus in l. penultim. ibi, & is cuius magna verecundia. ff. de furtis. vbi est casus, quod si is, qui patitur furtum, non resistat furanti ob pudorem, vel verecundiam, vt si patronus furetur liberto, quod non impeditur natiuitas actionis furti. Et notat ibi Ang. Perus. illum text. pro eo, qui ex verecundia tacet, quod nō intelligatur consentire, & pro vxoribus, quæ non audent contradicere propter maritorum præsentiam. Et illum text. in d. l. pe. allegat ad hoc Bald. pro notabili in d. c. 1. §. item sacramenta, *mihi in 3. col. vers. Quarto quæro*, de pace iura. fir. vbi dicit: quod duplex est metus, scilicet metus expressiuus mortis, vel cruciatus corporis. Item metus tacitus, parentis vel domini, cui non audet contradicere, *vt no. ff. Quar. re. act. non detur. l. Quæ onera* de. Et est tex. not. in l. pe. ff. de furtis. Et subiungit ibi Bald. valde eleganter, quod iste metus velatus, & in corde retentus, probabitur ex qualitate personæ, *iuxta not. per Bart. in fin. in l. Pupillo. ff. Si quis ipsi pratori. ff. de no. ope. nun.* Ex quibus liquido constat, testimonium præfatorum testium H. pro A. esse maxime suspectum. Ergo, &c.

Item & tertio, non mediocriter reddit testimonium testium de Consulatu H. pro A. suspectum iniusta Senatus excusatio, qua recusauit ad literas requisitorias Consiliariorum principum compromissariorum, ex instigatione A. editionem literarum A.C. & Ducis A. Sigoaturarum & Registrorum, &c. cum ad editionem earūdem, vt patet ex adductis, per procuratores S. in eorum exceptione & replica de iure obstrictus fuerit, non obstantibus omnibus pro parte A. oppositis.

Ex quibus omnib. iam concluditur, ꝙ etiam in supra prædicto casu, scilicet, ꝙ si probatio partis aduersę deberet censeri, quo ad metū testium, vel ob alias circūstantias, fortior vel æqualis, ꝙ tamen iterū non conceditur, tamen adhuc, cum testimonium E. careat omni probabili suspicione, testimonium autem A. iuris præsumptione sit suspectissimum, probatio Principis E. multo præferenda esset probationi partis aduersæ. *vt patet per text. in l. 3. vsque ad versi. Testes non temere, cum ibi nota ff. de test.*, & l. Ob carmen. §. Si testes, *versi. Si vero*, vbi expresse dicit lurec. Si vero ex his quidam eorū aliud dixerint, licet impari numero credendū est, secundum quod naturæ negocii conuenit, & quod inimicitiæ aut gratiæ suspicione caret, confirmabitq; Iudex motū animi sui ex argumentis, & testimoniis, & quæ rei aptiora, & vero proximiora esse cōperiet. Non enim ad multitudinē respici oportet, sed ad syncerā testimoniorū fidem, & testimonia, quibus potius lux veritatis assistit. Debet. n. Iudex laborare pro veritate inquirenda *d. l. 2. C. de ad. edi. Et est bonus text. in l. ver. vulgatum.*

§ *Item, in cap. iudicantem*, 30. *q.* 5. † Veritas enim sæpe exagitata magis splendescit in lucem, *dicit tex. in cap. grave*, 35. *q.* 2. Et
6 quod testimonium † idoneum præferatur minus idoneo, non obstante multitudine, seu maiori numero testium, optime no. in c. licet causam, & in plerisque aliis locis, quos recensere omnino inutile esset, de probatio. Et tantum de primo.

Nec aliquid obstare possunt probationi clarissimæ pro parte Principis E. factæ, qua probatum est, ad suam Celsitudinem ius B. M. cum G. & g. & B. in H. pertinere. liter. & prætensa iura, & attestationes ex parte A. adducti, vt luculentissime procuratores S. ad longum in eorum exceptione, & replica deduxerunt. Nam licet nomine A. sint productæ multæ literæ Imperiales & Regales, cum aliis iuribus, quibus continetur, quod Ducatus, Comitatus, castra & loca, præsertim in M. & V cum omni Banno & iurisdictione ipsi sint cōcessa, cum tamen in præfatis literis & iuribus non reperiatur vna syllaba de iure B. M. Et B. M. tanquam feudum habens annexam dignitatem Regalem vna cum G. g. & Banno H. Principibus E. ab Imperatoribus, & regibus sit cōcessus, de eisque inuestiti, sequitur clare A. de iure non posse prætendere ius B. cum suis pertinentiis, potissimum deß G. g & Banni in H. cum expressa concessio specialis Electoris de B. &c. derogat generali concessioni A. vulgata iuris regula: Generi per speciem derogatur. *Et bene faciunt cap. dudum, & cap. quamuis, la* 2. *ibi. Nam prima generali gratia tibi facta derogat posterior specialis, licet de illa non fecerit mentionem, de probatio. in* 6. *& cap.* 1. *de præscriptio.* Is enim cui facta est generalis commissio, vel concessio, non potest se intromittere de his, quæ aliis sunt specialiter commissa vel concessa. Nam specialis causa intelligitur excepta à generali commissione *cap.* 2 *& ibi not. Panormita. in not. de offic. leg.* Et omissis superfluis, quod in præsenti casu concessio specialis B. &c. facta Principi E. deroget quo ad ius B. G. g. & Banni in H. generali concessioni deductæ à M. procuratoribus, est sine dubio, dato etiam, & non concesso, quod concessio generalis A. de Ducatu M. esset prior, quia B. non est species contenta sub ducatu, sed species de per se & diuersa, sicut homo est species diuersa ab asino. Codicillus à testamento: diuersitas enim nominum in specie inducit diuersum specificatum, *l. si idem, de Codicillis.* Item clarum est, quod B. est species diuersa à ducatu, & sub ducatu non comprehensa, *vt patet per rub. & nig. in titul. quis dicatur Dux, Marchio, vel Comes.* Et sic claret, quod hic non simus proprie in ista materia, an & quando generi per speciem comprehenso sub tali genere derogetur, nec ne: Sed quando vni est facta prouisio specialis, & alii magis generalis, sub qua tamen generali specialis sui natura non est comprehensa, quod tunc sub generali non comprehēditur specialis, alias ista specialis nihil penitus operaretur, *contra leg. si quando, in princ. iunct. gloss.* 1. *Cod. de inoffi. testam. l. si quando ff. de legat.* 1. *c. si Papa, eum sim. ul. de priuil. lib.* 6. Item esset contra generalem Theoricam, qua dicitur priuilegium esse interpretandum, vt aliquid afferat de nouo priuilegiato, *vt est bonus text. in l.* 2. *ibi, nisi forte priuilegio aliquo materna origo censeatur, &c. ff. ad municipalem, cap. in his, de priuileg.* per quæ patet non obstare Principi E. notata per glo. in d. c. generi, de reg. iur. in 6. Et DD. in c. 10. de rescript. sed potius ius suum fortificare. Nec aliquid obstare potest Principi E. posito etiam, citra tamen præiudicium veritatis, quod probatum esset A. vltra tempus memoriam hominum excedens habitum & tentum esse & fuisse pro B. M. Nam ex quo omnes illi testes, & eorum parentes, & progenitores habitarent, & habitauerunt in ciuitate M. eorum dicta, & attestationes præcise debent intelligi, limitari, & extendi secundum causam scientiæ, quam assignant, cum sola ratio testis sit illa, quæ validet, vel inualidet, restringat, vel extendat dictum vel dispositionem eiusdem, pro tanto scilicet, † quod tota substantia depositionis suæ reguletur à causa scientiæ eius. *l. solam, & leg. testium, cum ibi notat. C. de testib. cap. causam, & ibi Cano. eodem tit. de testibus.* 7 Et præfati testes M. habitantes deposuerūt, quod ibidem A. in certis Actibus, scilicet: In einweisungen der Schultheissen/ Scheppen/ vnd Gerichtshaltung daselbst/ vt supra in replica clare ostensum est, fuerit habitus pro B. M. Sequitur conclusiue, quod eorum depositiones, & dicta restringi, & limitari debeant, videlicet, quod A. saltem in ciuitate M. in præfatis actibus singularibus fuerit habitus pro B. M. Quæ maxime procedunt in præsentiarum, ex eo, quod Princeps E. sit B. vniuersalis, & ius B. sit indiuisibile. Ex quibus plus etiam infertur, dato, citra tamen præiudicium veritatis, quod A. vltra legitimum tempus B. installassent Scabinos, &c. quod propterea non adepti fuissent dominiū, vel quasi iuris B. in vniuerso, quapropter etiam non potest vti titulo B. cum à parte ad totum, cum sit bona consequentia, nec sub parte regulariter comprehenditur totum, nisi in casibus specialibus, ratione scilicet ineptitudinis, vel obscuritatis, vel similis causæ. *leg. virilis ff. de leg. præsta. l. virilis. cum ibi not. ff. de verb. sign. leg. vxori, cum ibi not. ff. de leg.* 3. Item & secundo, per prædicta procuratores M. non possunt fundare eorum intentionem, videlicet, † quod A. sit B. M. cum per communem 8 famam, seu opinionem, seu quod quis talis, vel talis fuerit reputatus, nō probetur. Multo minus infertur, quod quis propterea sit B. Comes, vel Dux, cum etiamsi quis communi opinione, siue communiter fuerit reputatus Notarius, siue tabellio, & tamen non fuerit probatum de eius creatione à Principe, vel ab alio habente potestatem creandi, non probetur Notarius. *Ita probatur per ea quæ habentur in leg. Barbarius ff. de offi. præt. & in cap.* 1. *de fide instrum.* Imo si quis communiter fuerit habitus & reputatus Notarius, & fecerit multa instrumenta, & tandem fuerit contra eum oppositum, quod non sit creatus Notarius, nec potest docere de creatione, sed solum cōmuni fama, quod etiam instrumenta ab eo confecta, non sustineantur. *Ita tenent And. de Pist. Guil. Rain. & Oldr. in dict. leg. Barbarius. Et ibi Bald. in repet. & magis communiter Canon. in d. c.* 1. *Alex. de Imo. in l.* 1. *C. de test.* Licet aliqui in hoc vltimo teneant contrarium, scilicet, quod propter communem opinionem & reputationem sustineantur instrumenta à Notario cōfecta, tamen in contrarium est communis opinio, tamen in principali omnes conueniant, videlicet, communi fama seu reputatione, si non doceatur de creatione, nō probetur quis Notarius. Ita licet quis fuerit reputatus, præsertim in aliquo loco limitato tantum Comes vel B. si tamen non doceatur, quod fuerit inuestitus de B. vel quod in eo successerit, vel de alio legitimo titulo, nō probatur B. cōmunis enim reputatio, vel error, non potest quem facere Comitem, Ducem, vel B. & optime faciunt in simili, *c.* 1. *&* 2. *& quæ ibi not. de cler. non ord. admi.*

Nec Principi E. quo ad ius deß G. g. & B. aliquid obstare possunt ex parte A. adducta, licet procuratores eorum in hoc conentur, tamen frustra facere magnum capitale. in quantum dicunt, quod A. in H. cōstituat & ordinet Iudices. Item quod installet eos, & constringat eos iureiurando ad iudicia, & ad iustitiam. Et ex eo solummodo habeant ius & potestatem sedendi pro tribunali, & administrandi officium. Et quod multis literis & testibus probauerit omnimodam iurisdictionem, &c. ad se pertinere, ad seque appellatum fuisse vltra tempus

præscriptum, &c. Et primo ideo, quia fundxmentum eorum præsuppositum est fxlsum, quod S. Iudices, ex eo solummodo habeant ius & potestxtem sedendi pro tel-bunxli, & administrandi iustitiam, saltem in causis criminalibus xd Bxnnum pertinentibus, cum præcise contrarium etixm ex propriis testibus A. videlicet, quod Iudices coustitutiab A non sederint pro tribunali, nec ad-ministrxuerint iustitixm, sicuti xdministrare nun potuerunt, in causis criminxlibus ad Bannum pertinentibus, seu sub xnno comprehensis ante commissionem Banni eis factam à Principe E. txnquxm B. M. probatum sit. Ex quo clare infertur, quod iudices non hxbexnt ius in re ex constitutione, ordinatione, & installatione, &c. A. sed solum ad rem, quia per hæc hxbilitantur ad illx officia tantum, vt scilicet Princeps E. & B. M. cum effectu possit eis demandare, seu committere Bannum, & itx iurisdictionem in criminalibus, & in ciuilibus, & in realibus. Et quod Iudices ex ista demandatione Bxnni, consequxntur ius in re, & itx administrãdi iustitiam, & quod tale ius habexnt virtute huiusmodi commissionis. Item & secundo præsupponunt falsum, quod scilicet A. & sui antecessores omnimodxm iurisdictionem in qualibet specie iurisdictionis in genere sumptæ in H. exercuerint: Item & tertio, quod vltrx tempus præscriptum à dictis tribunalibus in causis Banni, & ita in criminalibus mxxime sciente & pxtiente Principe E. xd A. fuerit appellatum. Item quarto, quod dictx iudicia in criminalibus fuerint exercita, habita & tentx, præsertim vltra tempus præscriptum nomine A. Item quod semper fuerit oppositus Officixlis de G. quxndo Sculterus iudicium criminale tenuerit. Item quod A. vltrx præscriptum tempus, ponssimum scientibus & patientibus Principibus, E. in criminalibus fructus, & emolumenta computxta, & pro dimidio exolutx fuerint, cum hoc non sit probatum ex pxrte A. etsi aliqux præscriptio in vno, vel in xltero, vel in pluribus contrx Principem E. currere cœpisset, quod tamen talis præscriptio penitus interruptx, & penitus extincta per transxctionẽ anni 26 à quo tempore vsque huc non potuit incipi & compleri, vt pxtet, noua præscriptio in aliquo prædictorũ, vt procuratores S. clarissime, & ad saturitxtẽ eorũ in exceptione, & replicá ostenderunt. Ex quo clare concluditur, cum eorum capitale fundamentum corruit quod corruat omne desuper ædificatum. *cap. cum Paulus. 1. quæst.* Et licet ex istx vniuersa omnix prędicta adducta à parte aduersx sint sufficienter elisa, tamen xd clarius elidendx ex, dicunt procurátores S. quod cum iurisdictio in genere, vel etixm vnx species eius, quæ merum imperium, & ita in criminxlibus non possit acquiri nisi à lege, vel coosuetudine, vel præscriptione, posito, citrx tamen præiudicium veritatis, quod merum imperium etiam præscriptione adipisci posset, vel ex priuilegio siue concessione Principis, *vt probatur in leg. 1. ff. de offi. eius, cui mand. est iurisd. Legist. in l. imperium, & leg. more. ff. de iur. omnium iudic. cap. duo simul, & ibi Panorm in 3 notab. de offi. arch. cap. cum contingat. & ibi Canonist. & in multis aliis locis, de for. compet.* Sed indubitxtum est, quod iurisdictio saltem in specie, & sic merum imperium, id est, Bxnnum in H. A. non competxt ex lege, vt patet, potissimum cum Princeps E. txnquam B. M. de Banno, & G. g. in H. specialiter à Principe inuestitus sit, per quxm quidem speciuocam, imo indiuiduam cõcessionem tollitur omnis præsumptio, quæ xlias pro A. tanquxm domino, & superiore vrbis H. extra B. & G. esse posset, vt inconuincibiliter in exceptione nomine Principis E. probatum est, præsertim cum etiam lege communi huius prouinciæ, & ita de iure Saxonum Bãnum in H. pertineat xd B. nec competit ei ex priuilegio, inuestitura, vel concessione Principis. Quia nullum priuilegium vel inuestituram Principis de B. & G. g. ostendit, nec propter defectũ eius ostendere potest. Ergo sequitur à sufficienti pxrtiũ enumerxtione, quod A. de Bxuno, & ita de mero imperio in H. non possit se intromittere, nisi ex præscriptione. Sed tenendo opinionem, quæ satis probxbilis est, & subtilissimis rationibus fulcita, quod merũ imperium præscriptione acquiri non possit, *in quo arduo articulo Iacob. de Aret. tenuit hanc partem negatiuam per multa fundamenta, in dict. l. imperium, quæ in medium adducere superfluum esset, & in eam inclinat Bald. ibi, tenet Hostiens. in cap. 2. de purg. vulg. vbi refert quosdam antiquos DD. eandem tenere. Et videtur sentire Bartol. in leg. 1. § denique, (in ubi, in 2. colum.) versic. restat dubium ff. de aquapluu arcen.* Sequeretur A. etiam præscriptione non potuisse merum imperium in H. contra Principem E. præscribere. Sed imo etiam tenendo cõtrarixm opinionem, videlicet, quod merum imperium præscriptione acquiri posset, quæ est cõmunior, & forsitan propterea ab ea practicx non facile discedendum, tamen adhuc nõ esset fundxta intentio A. quia nec ex præscriptione, nec enixm ex consuetudine merum imperium, & G. g. in H. adeptus fuit. Cum ex omnibus testibus & iuribus, pro parte suæ adductis, non sit probatũ, nec ostensum, quod A. & sui antecessores 30. xnnis, & ita triginta vno annis, cum sex hebdomadis & tribus diebus continuis sine interruptione Principis E. tanquam B. M. actus iorisdi●tionales Bxnni scilicet, præcedente causæ cognitione, & iudiciario processu, quæ mxxime requiruntur in criminalibus, eorum nomine exerceri fecerint, sine quibus impossibile fuisset huiusmodi præscriptione tale ius xduersus Principem E. habentẽ fundxtxm intentionem in iure Banni, in H. nedum ex speciuoca inuestitura Principis, sed etiam ex dispositione legis, scilicet iuris Sxxonici, vt in replica, & exceptiooe ostensum est, acquirere. Nam indubitxti iuris est, *vt patet ex cap. bona fides, & c. possessor, cum infinitis simil. de regul. iur. in 6.* quod præscriptio non potest sine bona fide, & possessione, vel quasi procedere: Et in iuribus incorporxlibus non sit dare veram possessionem. *leg. seruus. § incorporales. ff. de acqui. rer. domi.* sed solum quxsi possessionem, quæ inducitur per scientiam, & patientiam aduersarii. Ideo in præscribẽdis iuribus incorporalibus, requiritur scientia & patientia eius, contra quem præscribitur, per quxm sciẽtiam & pxtieotiam aduersarii, præscribens constituatur in quasi possessione illius iuris incorporalis, *secundum Bartol. & DD. in dict. l. 1. §. fi. alias, §. denique, & in l. 1. & 2. ff. de seru. & aqu. & l. 1. §. fin. ff. de itin. actuque priu.* Sequitur ergo secundum Bart. & DD. vbi supra, quod etiam in præscribendo mero vel mixto imperio requirxtur scientia & pxtientia eius, contrx quem præscribitur. Ex quibus omnibus latius infertur, quod cum constet ex concessionibus imperialibus, vel regalibus, dominium vel quasi iuris B. M. & iuris G. g. & Bxnni in oppido H. pertinere ad Principem E. suamque Celsitudinem esse in possessione vel quasi huiusmodi iurium, & ita ipsum Principem E. esse immediatum superiorem Sculteti & S. in H. quxntum scilicet xttinet ad iura G. g. & B. ibidem A. nullam penitus habere potestatem exercere Bxnnum, & ita exercere iustitiam in causis criminalibus ad Bxnnum pertinentibus, in ciues & incolas H. cum explorati iuris sit, quod etiam superior non habet iurisdictionem in subditos sui subiecti. c. duo simul, & c. pastoralis. in prin. de off. ordin. vbi dicitur: Quod A. regulariter in subditos Episcoporum suorum suffraganeorum, qui scilicet in sua prouincia sunt, non habeat iurisdictionẽ, licet habeat eam in ipsosmet Episcopos. Multo

minus

minus A.M. habet ius Banni,& ita merum imperium in ciues & incolas oppidi H. subiectos iurisdictioni Sculteti & S. cuius quidem exercitium ipsi immediate & proprie habent ex commissione ipsius Banni Principis E. tanquam B.M. cum & ipsi Sculteti & S. licet alias subditi A. non sint ei subiecti, quo ad Bannum, sed principi E. Et confirmantur prædicta per id, quod No. nota. in simili, in d. cap. pastoralis, *in princ. in glo. 1. Ibi Ioannes dicit: Quod si tales prelati subditi Episcoporum, &c.* vbi scilicet decidit, quod si inferior prelatus præscriptione acquisierit iurisdictionem, in certa parte diœcesis; quod in dubio intelligatur eam acquisiuisse priuatiue, seu exclusiue, excludendo scilicet ipsum Episcopum, excepta causa appellationis,& non accumulatiue, quam glo. dicit ibi Panor. esse menti tenendam. Et licet Dom. Andr. velit contrarium, scilicet, quod censeatur acquisiuisse accumulatiue, ita quod locus sit præuentioni, tamen Panorm. videtur inclinare in d. glossam, ita quod locus sit præuentioni, tamen Panorm. videtur inclinare in d. glossam, motus bona ratione, quia ex quo ille inferior exercuit tanto tempore, quod sufficit ad præscriptionem, vt Episcopus nunquam exercuerit, licet sæpe se obtulissent, videtur per non vsum abolita illa iurisdictio ab eo,& acquisita præscribenti. Sed non eundo per mendicata suffragia, dicta gloss. probatur aperte per text. iuncta gloss. in c. irrefragabili. §. 1. alias. in princ. in versic. excessus, & l. 1. de offi. ordi. vbi dicitur: Quod si Capitulum habeat ex cõsuetudine ius corrigendi excessus Canonicorum, Ecclesiæ Cathedralis, quod Episcopus hoc non poterit; nisi Capitulum infra terminum præfixum ab Episcopo hoc non faceret. Quod tamen non esset, si Capitulum illud ius solum accumulatiue haberet. Et sic per illum text. in d. c. irrefragabili, in d. vers. Celsus, concludit Panorm. subiungens: & sic videtur iudicio meo casus contra opinionem Ioan. Andr. Nec obstat text. in l. fin. C. de iurisd. omn. iud. vbi Rectores Collegiorum inferiorum habent iurisdictionem accumulatiue. Nam exercens lanificium, potest conueniri tam coram Rectore artis lanæ, quam potestate loci, quia loquitur ibi de pluribus habentibus iurisdictionem de iure communi, *secundum Panorm. in d. cap. pastoralis, in princ. super 1. gloss.* Quanto magis in præsentiarum, A. interdictum videtur omne exercitium Banni, in omnes ciues & incolas, cũ nec de iure cõmuni, nec præscriptione, nec priuilegio Cæsareo cõpetat ei Bannum in H. non obstante, quod alias sit generalis dominus,& superior ibidem, cum huic generali superioritati eius, quo ad Bannum, per specialem prouisionem,& concessam Imperatorum factam Principi E. derogatum sit. Et in terminis nostris optime facit text. in d. l. studuisti, de offi. leg. vbi dicitur: Quod si Papa, & sic summus Pontifex, constituit aliquem legatum generalem in aliqua prouincia,& quandam causam committit specialiter in eadem prouincia alicui delegato, quod legatus generalis, cum mandatum speciale deroget generali, cõmissionem alii specialiter factam, impedire non possit. Et sic est ibi casus rotũdus, vt etiam supra tactum est, quod is, cui est facta generalis prouisio, siue commissio, non potest se intromittere de his, quæ sunt aliis specialiter commissa. Nam specialis causa videtur excepta à generali commissione, *secundum Pan. ibi in 1. nota.*

Præterea ex aduerso, est satis inaduertenter inter cætera adductum, quod effectu demandationis Banni per Actus exercitos nomine A. merum imperium respicientes, rescriptum sit,&c. Nam tenendo opinionem Bart. in d. l. 1. §. si quis hoc interdicto. ff. de iti. actuq; pri. decidentis, quod in præscribẽda iurisdictione, si probetur quasi possessio certi actus, in illo tantum actu, & non in alio; etiam eiusdem speciei, dicitur præscripsisse: & ista opinio Bart. magistri veritatis, videtur iuri valde consona, per fundamentum ab eo adductum, quia mouetur per text. ibi iuncta gloss. vbi probatur, quod si tantum præscriptum, quantum fuerit possessum,& nõ plus. Sed non potest dici, si quis fuerit in quasi possessione & vnius actus simplicis iurisdictionis, vel meri imperii, quod propterea fuerit in quasi possessione & alterius actus, præsertim asperioris eiusdem speciei iurisdictionis, cum is, contra quem præscribitur, habeat fundatam intentionem de iure, cum impossibile sit induci præscriptionem sine possessione, vel quasi; Ergo, &c. Et videtur ista opinio etiam de mente Card. in Clem. 1. in princip. dicentis, quod † præscriptio sit strictissimi iuris, & non extendatur ad non possessa, de præscript. *Et optime accedit notabilis decisio Hostiens. quam ibi multum commendant communiter Doctores in cap. cum ex iniuncto, de haret.* Et videtur probari per text. in cap. auditis,&c. cum olim, de præscript. vbi habetur, quod exercens contra iura Episcopalia, solum præscribit in illis quæ exercuit, & sic ibi illa præscriptio non extenditur ad ea, quæ sunt eiusdem speciei: Et non potest assignari ratio, quam quod in non exercitis non fuit in quasi possessione, & illam opinionem sequitur in effectu notabiliter Panorm. in cap. *1. in versi. vlt. tene menti*, de relig. domi. Pro qua etiam allegat text. in c. cum contingat, de decimis, vbi præscribens decimas in aliena parochia, quod talis præscriptio non extendatur ad nonalia, & tamen omnes huiusmodi decimæ sunt eiusdem speciei. Nec obstat huic opinioni Bart. text. in d. c. 1. de colu. domi. vbi est casus, quod per exercitium vnius Articuli, seu iuris comprehens. sub vniuerso, infertatur ad possessionem iuris vniuersalis, quod videtur contrariari d. cap. auditis,& d. c. cum olim.& d. l. 1. §. si quis hoc interdicto. Quia ibi Panorm. ex dictis Innocen. ibidem notabiliter concordat illa iura, ex quo dicit colligi notabilem Limitationem ad supra dicta iura, dicendo text. in d. c. 1. procedere, quando iste locus, de quo erat contentio, erat in diœcesi istius Episcopi, vel saltem non constabat, quod erat in diœcesi, subiungens notabilia quæ sentiat, quod vbi ius commune non fundat intentionem alterius, per exercitium certi Articuli, probetur, quod possessio vniuersalis iurisdictionis. Secus autem, vbi locus pertinet ad alium, tunc possessio non extenditur ad Articulos non possessos. Sed sic est, quod Princeps E. tanquam B. M. fundat intentionem suam de iure, quo ad Bannum, & G. g. in H. vt patet ex inuestituris, & concessionibus imperialibus, &c. Ergo sequitur, posito, nullo tamen modo concesso, quod Archiepiscopus in vno vel in pluribus artibus meri imperii in H. cõtra Principem E. habentem fundatam intentionem de iure præscripsisset, quod tamen talis præscriptio non extenderetur ad alios actus, maxime asperiores, vel gradus meri imperii. Et hoc ibidem vult Inno. in c. dilecto, alias fina de offic. Archiepis. vbi tenet, quod præscriptio iurisdictionis non extendatur, licet consuetudo. Et ista opinio Bart. tanquam fortioribus iuribus & rationibus sopita videtur de iure verior, cum habeat text. vt supra adductum est; pro se, & autoritatem Bart. & Inno. lucernarum iuris ciuilis, & Canon. & sequacium. Sed † alia & secunda opinio, quæ habet, quod præscriptio vno gradu iurisdictionis in vna specie, fiat extensio ad omnes gradus eiusdem speciei, sed non aliam speciem diuersam, *quam tenet Bald. in d. l. imperium, Cyn. & Saly. in l. 1. in fin. Cod. de eman. libe. Alexan. de Imo. in consil. 68. vel secundum alium numerum, in consil. 210 in fin. 6. colum. versicul. non obstat, quod quo ad onera, in 2. volumine.* Et dicit

Et dicit Iason in d. l. Imperium, *nubi, (ad fi. 10. colu.) in antiqua impressura.* quod ista sit magis communis sententia: Et mouetur Bald. tali fundamento. Nam cum iurisdictio præscribatur per actus, qui exercentur, non est dicendum, quod solum acquiratur ius circa actus gestos, quia sic nihil præscriberetur in futurum, quare dicendum est, quod omnes actus eiusdem speciei quasi possidentur & præscribuntur. Et mouetur per not. in d. l. carmen §. fin. adde tu in glo. fin. scilicet, alias secus, vt si dicam, quod possederim ff. de testibus. quod Iason, vbi supra, dicit esse bonum fundamentum, sed salua pace tantorum virorum, videtur pessimum fundamentum, cum non sit verum, quod nihil in futurum præscribetur. Exempli gratia; Si quis tempore ad præscriptionem requisito, fecisset puniri delinquentes in mutilatione membri, sciente & patiente eo, ad quem pertinebat punitio, siue merum imperium, acquisiuisset vtique ius in futurum, vt scilicet deinceps delinquentes posset huiusmodi pœna punire, & sic esset magni effectus illa præscriptio, licet non extendatur ad alios actus, maxime asperioris eiusdem speciei, scilicet pœna mortis. Nec aliquid faciunt nota. in d. §. fin. pro Bald. Nam ibi dicit gloss. quod si est contentio, an vnus possederit fundum, vel ne, & vnus ex testibus adductis deponit, quod viderit possidere per illum annum, alius per aliũ annum, quod isti testes probant illum possedisse, quia omnes illi testes in hoc conueniunt, quod viderint eum possidere. Sed hic est quæstio, an probata possessione vnius speciei iurisdictionis, inducatur etiam præscriptio alterius actus eiusdem speciei, quod est omnino diuersum & separatum à nota in d. gloss. vt patet. Nec ista opinio videtur probari per textum, per quem mouetur Alexan. de Imo. vbi supra in l. Stillicidii, in fi. ff. quemadmodum serui. amitta. quia ille tex. loquitur in seruitute rustica viæ. Dicit enim tex. is qui per partem itineris, & totum ius vsurpare videtur. Ideo cum seruitus ista sit indiuisibilis, non potest quis ea vti pro parte, & pro parte non. Sunt enim huiusmodi seruitutes prædiales totæ in toto fundo, in qualibet parte fundi totæ, sed merum imperium habet sex gradus, vel quatuor, cum isti sex reducuntur ad quatuor, & penes vnum potest esse vnus gradus, & nõ alius, vt ad experientiam patet, licet ipsum ius iurisdictionis sit etiam incorporale. Ergo non est bona argumentatio de d. l. si stillicidii, in fine, ad casum propositum. Et licet D. Iason, vbi supra, inquit, quod optime faciat pro hac opinione, quod dicit Inno. in c. dilectus, de cap. mo. vbi dicit: Quod vsus & consuetudo in vno actu non potest se extendere ad alios actus, licet asperiores & grauiores. Sed vsus contra certas personas non extenditur ad alias. Nam Inno. in d. c. dilecto, de offic. ord. tenet præcise cõtrarium in præscriptione, scilicet, quod non extendatur, licet consuetudo sic intelligatur. Ergo in d. c. dilectus, de consuetudine, in quibus terminis etiam loquitur, & non de præscriptione, cum etiam alias magnæ sint differentiæ inter consuetudinem & præscriptionem, *vt pulchre per Canonist. in c. cum dilectus, & in c. fin. de consuet.* Nec aliquid facit l. si prius, in princip. ff. de aqua plu. arcend. per quam mouetur Cyn. in d. l. 1. C. de emancip. libe. Imo ista l. si prius, subtiliter intuenti fundat opinionem Bart. & destruit aliam. Loquitur enim ibi, quando alicui fuit primo concessa seruitus aquæ nocturnæ, & deinde alia concessione aquæ diurnæ ductus, & per cõstitutum tempus tantum aqua nocturna vsus fuerit, amittit diurnam. Et tamen constat, quod seruitus aquæ diurnæ & nocturnæ non differant specie, quia continentur sub seruitute ductus aquæ. Et tamen per vsum vnius tantum amittitur alia, ita per acquisitionem vnius non acquiritur alia. Quia contrariorum est eadem disciplina. Per quod patet etiam, quod Alexand. & DD. tenentes contra Bart. male respondent ad fundamentum, scilicet, quod tantum præscriptum, quantum possessum. *d. l. 1. §. si quis hoc interdicto, & d. c. sine possessione.* quia † li- 11
cet omnes actus vel gradus vnius speciei iurisdictionis comprehendat sub illa specie, & solum differunt per plus & minus, per quod non inducitur diuersitas in specie, tamen ex quasi possessione vnius actus, vel gradus, non sequitur quasi possessio alterius actus vel gradus, etiam eiusdem speciei; quia si quis fuerit in quasi possessione actus simplicis coercionis corporalis, vel relegationis, &c. non propterea dicitur in quasi possessione eiusdem speciei, scilicet in actu mutilationis membri, vel decapitationis &c. Ergo præscriptio in vno actu inducta, non extenditur ad alios actus vel gradus, eiusdem speciei, quia alias præscriptio, quo ad alios actus esset inducta sine possessione, vel quasi; quod est impossibile, cum possessio vel quasi sit vnum substantiale, siue essentiale ad præscriptionem à iure requisitam. Item tenendo opinionem Cyn. & Bald. contra Bart. non esset stricti iuris, quod tamen est falsum, nec esset odiosa, cuius contrarium tamen verum est, *secundum glo. in cap. odia, de regul. iuris, in 6.* Quare opinio Bar. Inno. & sequacium optimis tex. fundata, videtur de iure verior, & etiam æquior, quia per eam minus læditur ius alterius, qui habet fundatam intentionem de iurisdictione, præsertim cum adducta pro contraria opinione non concludant. Ergo, &c. Et sic tenendo istam opinionem Bart. clare infertur, quia posito, & non concesso, quod Arch. in vno vel alio actu Banni, & sic meri imperii præscripsisset cõtra Principem E. quod tamen talis præscriptio non extenderetur ad alios actus vel gradus, præsertim grauiores, vel asperiores eiusdem meri imperii, & ita ad Bannum pertinentes. Imo tenendo secundam opinionem, quæ tamen, vt satis ostensum est, videtur inimica veritati & æquitati, nihil obesset Principi E. tanquam B. M. in iure dess G. g. & Banni in H. cum nõ fuerit probatum ex parte Archid. quod ipse per se, vel per suos Officiales fecerit exerceri aliquos actus meri imperii, & ita Banni, in figura Iudicii, præcedente causæ cognitione, & seruato ordine iudiciario, scientibus & patientibus Principibus E. quorum scientia etiam tanquam facti alieni, & potissimum in alio loco non præsumitur per vulg. vltra legitimum tempus de Iure Saxonum, & sic vltra 30. annos, sex hebdomadas, & tres dies pacifice & continue sine interruptione. Ergo, &c. Et sic patet, quod siue teneatur opinio Bar. siue Cyn. quod nihil obstat Principi E. Cum ergo præsupposita & fundamenta partis aduersæ sint ruinosa, corruunt omnes prætensæ illationes super eis factæ: & ex parte Principis E. fundata & probata sit intentio eius, sequitur, quod nullæ aliæ partes illustrissimorum Principum compromissariorum sint, nisi pronunciare, sententionare, & laudare, vt à procuratoribus S. meorum libello petitum est.

THEMA CONSILII LXXXVII.

De iure Patronatus, verum præscriptione acquiri possit, & qualiter transeat ad hæredes.

SVMMARIA.

1 *Laicus consuetudine, vel præscriptione ius patronatus acquirere non potest.*

2 *Quando præsumptio Iuris, vel Ius commune est contra præscribentem,*

scribentem, requiritur præscriptio tanti temporis, cuius memoria non existit.

3 *Forma fundationis Iuris patronatus tenenda & inspicienda est.*

4 *Ius patronatus generaliter transit ad quoscunque heredes.*

5 *Propter meritum vitæ non est recedendum à iuris dispositione.*

6 *In præscribendis iuribus incorporalibus requiritur quasi possessio, quæ acquiritur per exercitium illius iuris, sciente & patiente domino.*

7 *Vtrum scientia sit præsumenda, arbitrabitur bonus Iudex ex multiplicatione actuum, & qualitate ipsorum.*

8 *Incorporalibus ad probandam bonam fidem non requiritur titulus.*

9 *Communis opinio est, quod laicus possit præscribere ius patronatus.*

10 *Laicus etiam contra Ecclesiam præscribit ius patronatus, quando fundat se non solum ex præscriptione, sed etiam ex vi iuris patronatus.*

11 *Consuetudine vel statuto loci præscriptio à iure communi inducta, minui potest.*

12 *In his quæ respiciunt condemnationem, executionem, siue diffinitionem, non attenditur consuetudo loci, vbi agitur iudicium, sed statutum loci, in quo celebratus est contractus.*

13 *Ius patronatus non est mere spirituale.*

14 *Examinatio testis omissa dolo, vel negligentia examinatoris, debet repeti, non obstante publicatione.*

15 *Positioni iuris non tenetur quis respondere, nisi sit iuris municipalis, vel consuetudinarii.*

CONSILIVM LXXXVII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. In præsenti controuersia inter prouidos ac circumspectos viros, D.L.T. Actorem ex vna, & F.S. Reom, ex altera, Proconsulem, & ciues insignis vrbis L. patribus super casu iuris patronatus, &c. iuxta acta & actitata ab vtraque parte iudicialiter producta, & oblata corã Iudice ordinatio vertenti: Quæritur, quæ sint partes domini Iudicis pronunciando, & definiendo. Et videtur prima fronte dicendum, quod præsentatio virtute fundationis pro hac vice pertineat ad præfatum dominum L. tanquam Seniorem masculum, licet cognatum ex linea Ioann. S. in Christo defuncti, per rationes, fundamenta, & iura pro parte eiusdem adducta. Et primo, non videntur Domino Actori obstare allegata pro Reo contra eum, cum laicus præscriptione vel consuetudine Ius patronatus acquirere non possit, quod euidenter ostenditur. Nam cum Ecclesia ex mera gratia constituit patronis laicis, qui fundant, dotant, vel construunt Ecclesias, vt ius patronatus in eis per acquisitionem huiusmodi iuris inducerent ad fundandas Ecclesias, &c. *cap. quoniam in quibusdam, & per totum tit. de iure patro.* Ex quo quidem iure patronatus tria cõsequuntur: Honorem in præsentando onus, & vtilitatem, *vt declarat glo. magna & notab. in c. pia mentis. 16. quæst. 7.* Hinc notanter dicit Hostien. in d. c. Quoniam in quibusdam, quod scilicet ius patronatus, quod habent laici in Ecclesiis gratiosum censetur, & quod in eo de gratia tolerentur, vt expresse ibi innuit litera, in principio dum inquit: Potestate in qua eos adhuc vsque Ecclesia sustinuit, cum de Iure communi institutio & ordinatio Ecclesiarum pertineat libere ad Episcopum, *per text. ad literam in cap. 1. de capell. Monach. cap. de Xenodochiis, de relig. domi. cap. cum ex iniuncto, cum simil. de hæret.* Et ius præsentandi competens ex Iure patronatus solum gratiose fit apud laicum ex prædictis causis. Et mera gratia, siue priuilegium gratiosum aliquibus specialiter concessum, non potest ab alio trahi in exemplum, nec debet extendi ad alias personas nõ priuilegiatas. *cap. sane, de priuileg. cap. contra morem. 100. dist. cap. petiisti. 7. quæst. 1. ibi, Hoc nulli concedi alii patimur, quod tibi charitate agente largiri censuimus.* Imo si fieret, esset valde temerarium & indignum, aliquem sibi sua authoritate præsumere, quod Romana Ecclesia alicui certa ratione inspecta singularibus voluit beneficiis indulgere, de priuileg. Sequitur, quod laici priuilegium, siue gratiam patronorum, in qua Ecclesia eos sustinet, non possunt sine temeritate possidere: & quod si possiderent cum temeritate, essent malæ fidei possessores, & per cõsequens nullo vnquam tempore præscriberent, cum possessor malæ fidei, &c. *de regul. iur. in 6. cap. vigilanti, & c. cum simil. de præscript.* Quod etiam procedit de Iure ciuili, quia in hoc sacræ leges non dedignantur sequi sacros Canones. *cap. 1. de noui operis nunciat. secundum communiter DD. in præallegatis, & plerisque aliis locis*, cum agatur de materia peccati, peccatum enim est voluntas retinendi vel consequendi, quod iustitia vetat, &c. *§. sed hoc non, in fi. 15. quæst. 1.* Ergo, &c. Et ita per prædicta, & multa alia tenet valde notanter Archid. in c. hortamur. 71. distio. respondendo ad ea, quæ in contrarium facere videntur, quæ hic recensere superfluum esset. Idem tenet Ioan. And. disputando istam materiam in regula, ex alicui, de reg. iur. in 6. in Mercuri. vbi concludit, † quod contra Ecclesiam liberam, laicus 1 non possit præscribere ius patronatus, quia esset acquirere illud ius annexum spiritualibus, contra Ecclesiam, quod esse non potest. *cap. Massana, cum simil. de elect.* Et illam opinionem dicit Panorm. in c. querelam, *in vers. in gloss. in verbo, Consuetudine*, de electio. de mero iure sibi plus placere, assignando scilicet rationem. Nam certum est, quod laicus non possit possidere ius spirituale. Ergo nec præscribere. *cap. causam, de præscript. in dict. c. Massana, cum simil. de elect.* Ergo non potest etiam possidere ius annexum spiritualitati, sicuti est ius præsentandi. Quia de cõnexis idem est iudicium. in c. quanto, de iud. & cap. translata, de const. cum similibus, vbi ius patronatus per omnia censetur tanquam ius spirituale, ratione annexionis. Si ergo laicus non potest mero iure ius patronatus possidere; Ergo nec præscribere, quia præscriptio non potest esse sine possessione. *cap. sine possessione, cum simil. de regul. iuris, in 6.* Nec secundum Archid. Panor. & sequentes, obstat text. in d. c. querelam, vbi videtur contrarium probari. Quia respondendo dicunt, quod Papa ibi in decisione secunda fundauit se super possessione populi. Nam ex quo non apparebat alius, & populus proprius præsentauerat rectorem, præsumptio iuris est, quod præsentauerat ratione iuris patronatus. Quia Ecclesia non nascitur, sed oportet quod habuerit constructorem, & ideo in dubio præsumendum est pro possessore, *arg. eius, quod no. & Legist. in cap. 1. de relig. domi.* Et subiungit ibi Panorm. quod si populus, & sic laicus fundaret se ex sola præscriptione, nõ video, quo iure debeat in causa obtinere. Nec obstat si obiiceretur, quod ius patronatus esset possedibile per laicum, vt toto tit. de iure patro. Et valde bonus text. in c. consultationibus, eod. titu. vbi præsentatus à bonæ fidei possessore iuris patronatus, præfertur præsentato à vero patrono non possessore. Nam solutio patet ex his, quæ supra adducta sunt, *secundum Archidiaconum in d. c. hortamur, 71. dist. & Pan. in c. querelam, de elect.* Quia cum ius patronatus fuerit concessum laicis gratiose ex supra adductis causis, non debet extendi ad alias personas, in quibus non concurrit causa, super qua fundatur. Ergo, &c.

Item & secundo videtur, quod reus se non possit defendere, etiã dato, quod ius patronatus, seu præsentandi

esset

esset præscriptibile præscriptione consuetudioaria 20. annorum vrbis L. cum nedum de iure Canonicò ad inducendam, & complendam præscriptionem requiritur præscriptio 40.annor.*cap.de quarta.cap.illud, cum simil.de præscript.cap.1.de præscrip.in 6.*Imo † quando præsumptio iuris,
2 vel Ius commune est contra præscribentem, requiritur præscriptio tanti temporis,cuius memoria non extat, nisi allegetur & probetur titulus.*d.cap.1.de præscrip.in 6.* Sed etiam de Iure ciuili, *Auth.quas actiones, & in corpore vnde sumitur.C.de sacros.eccl.* Nec contrarium statuto, vel consuetudine laicorum in præiudicium Ecclesiæ induci potest. *cap.quæ in Ecclesiarum,cum ibi notatis, de constit. Auth. Cassa.cum simil.C.de sacros.eccles.* Et facientes seruari huiusmodi consuetudines vel statuta contra libertatem, vel priuilegia iuris inducta Ecclesiis, incurrunt excommunicationem ipso iure.*c.nouerit,de sua excommu.*per quæ videtur clare inferri,quod consuetudioe vel statuto L. non possit minui præscriptio 40.annor.inducta etiam à iure Canonico,in fauorem siue priuilegium Ecclesiarum, potissimum ad præscribendum ius patronatus,tanquam annexam spiritualitati.*d.c.quanto,de iudic.*

Item & tertio videtur, quod dato, quod contra D. Actorem, tanquam seniorem cognatum de iuris rigore completa & perfecta esset præscriptio,quod tamen propter ignorantiam eius, quæ in facto alieno est probabilis,& præsumitur,*leg.fin.in fin.ff.pro suo,& leg. cum falsum.ff de acquir.hared.facit regula ignorantia,de regul.iur.in 6.* huiusmodi præscriptio ei in effectu non nocere, quin præsentatus vel præsentandus ab eo, præferatur præsentato à Domino F.S.quia licet de iure præscriptio currat,& perficiatur contra ignorantem, sicut contra scientem.*leg. fin. Cod.de præscript.long. temp.* tamen si contra ignorantem solum cõpetere ius, cucurrerit præscriptio, ipse esset restituendus in integrum ex generali clausula prætoris, si qua mihi iusta causa videbitur;& sic ex causa ignorantiæ, *per text. notab.quem ibi ad hoc expresse notat Bartol.in l.1.§.si quis propter inundationem,ibi, scilicet,vti per in integrum restitutionem, &c.ff.de itin. actuque priuat. Et ita communiter tenent DD de quo pulchre per Alexand.de Imo.in leg.3.§.Labeo,in fin.ff.de acquir.poss & in l.cum filiusfamilias.§.in ha ,de verborum obligat. Et valde pulchre in cons. 71.in 2.colum cum princ.seq.in 1.volum. Et in cons.82.in 2.vol.Felin. in c.vigilanti,de præscrip. Et D.Ias.in §.rursus.in fin.11.col cum prin. seq.in antiqua impressura, Instit.de actio.cum multis concor.per præfatos Doctores in præallegatis locis adductis. Et bene facit gloss etiam in l. si partem.§.fin.ff.si seru.amitt.quam ibi notat etiam Paul.de Cast.*Ergo, &c.

Et fortificantur prædicta pro Dominò L.Seniore cognato ex linea descendenti, cum fundatio æque deferat masculis agnatis & cognatis ius præsentandi ad Vicariam in Ecclesia L.de qua in Actis: Ita vt semper pro tempore Senior,siue agnatus,siue cognatus,ius præsentandi habeat,vt patet ex illis verbis fundationis,scilicet ita,quod Senior de proximioribus masculis,si fuerit alioquin senior fœmina,&c.præsentationem efficere debeat. Et sic virtute huiusmodi fundationis expresse præferentis in præsentando ad Vicariam vacantem seniorem masculum descendentem ex linea directa I.S.nullo habito discrimine,an sit agnatus vel cognatus,videtur quod competierit ius præsentãdi anno 19. & modo competat defuncto iam præsentato ab eo præsentandi alium. † Cum
3 forma fundationis iuris patronatus inspicienda & seruanda sit.c.præterea, la 2. cum ibi not.de iu.patr.vbi patronus etiam tempore fundationis Ecclesiæ potest autoritate ordinarii reseruare aliquid temporale sibi annuatim soluendum. Quanto magis,& est sine dubio, D.C. de B. presbyter legando in sua vltima voluntate ius patronatus I.S. & eius descendentibus ex vtraque linea ad dictam Vicariam potuit disponere, quod semper senior masculus vtriusq; lineę aliis præferetur. Et clarum est, quod sicut ius patronatus potest alteri donari, ita & in vltima voluntate legari. Quia legatũ est quædam donatio à testatore facta.*Inst.de leg.in prin.* Et licet de iure communi requiratur consensus Episcopi, quando donatur laico, tamen sufficit quod ex postfacto interueniat, *secundum Ioa. Andr.in cap.cum seculum, & ibi Panorm. post eum, de iure patron. Imo singulariter consuluit Feder.de Sen. Secundum quod eum refert Pan.in d.c.cum seculum.* Et est cons.in ordine suo 225. quod ius patronatus possit transferri in laicum, etiam sine cõsensu Episcopi, cum iura indistincte dicant, ius patronatus successione transferri posse. Nec distinguunt inter legatum & hæreditatem. Nam & is qui habet ex legato, habet etiam ex successione. Sed in hoc, vt patet, non est hic insistendum,cum ius patronatus translatum à D.C. de B.in I.S. & eius descendentes vtriusque sexus, valuerit,& tenuerit. Et ex dispositione iuris, quamuis defuncto patrono ius patronatus transeat ad hæredes eius, siue sint agnati,siue cognati,siue mares,siue fœminæ, imo transit etiam in extraneos scriptos hæredes. *Ita probatur per text in d.cap.1.cap.cum seculum, de iur patron.c.considerandum, 16.quæst.7.cap.fin.de concess præbend.Clem.1.de iure patron.* Et † ita 4
ius patronatus generaliter transit ad quoscunque hæredes. Nam dicta & alia iura disponentia ius patronatus transire ad hæredem, nõ distinguunt inter mares & fœminas extraneos,& alios hæredes. *Ita etiam sentit gloss.in c. quoniam inuestitu.15.quæstio.3 gloss in dict.cap.1.in effectu. Et ibi Innoc.Panorm.& communiter Doct.glo.in dict. Clem.1.& ibi Ioan.de Imo.(mihi,in 5 col.)in vers.glo.hæredes. cum concor.per eum adduct. Panorm.in d.cap fin.(mih.,in 2.col.) vers.sed quæro,quin tex. hic, de concess. præbend.* Et quod ius patronatus transeat ad quoscunque hæredes, sensit Fede.in cons.111.vbi dicit, quod si filia non succedit patri, quia renunciauerit, non succedit in iure patronatus cum filiis masculis. Ex quo infert Panor.in d.c.cum seculum, duo. Primo, quod vbi filia est hæres, sicut masculus, succedit etiam in iure patronatus sicut masculus, allegant ad hoc etiam Io.Andr.in c.nobis.de iur.patrona.vbi dicit quod fœmina ex dotatione efficitur patrona, sicut masculus. Secundo, quod ius patronatus regulatur ab hæreditate etiam inter filios,& sic filius qui non est hæres, non succedit in iure patronatus. Et hoc sentit secundum eum Ioan.Andr.in c.ex insinuatione,de iure patrona.vbi dicit, quod vbi est consuetudo, vt in Anglia, quod solum primogenitus succedit, alii filii non succedunt in iure patronatus. Item videtur per rationes & fundamenta, pro patre domini L. adducta, quod dominus F. S. nihil iuris possit assequi ex surrogatione facta pro domino B. V. præsentato à F.S.D.Doctoris Io. V. præsentati à domino L.T. cum illa fuerit impetrata & obtenta lite pendẽte super huiusmodi causa iuris patronatus inter Actorem & Reum, & de ista litis pendentia nulla fuit facta mẽtio, & sit surreptitie impetrata,& sic per consequens nullius roboris.c.r.c.fi.vbi est casus, quod lis est decidenda secundum iura existentia tempore controuersiæ, non autem secundum priuilegium impetratum lite pendente, nisi fiat mentio de litis pendentia, *vt per tot.nigrum, cum rub.vt lite pendente, &c.* Cum etiã rescripta à summo Principe, vt à Papa vel Imperatore contra ius impetrata, non debeant per Iudices obseruari.l.rescripta,& ibi ll.de precibus Imper. offer.vbi glo,inuehit contra miseros prælatos, qui non audent obseruare illam legem, vel similem, & glo. in l. puniri. si contra ius vel vtilitat. public. vbi etiam inuehit contra prælatos, qui propter reuerentiam sedis Apostolicæ volunt ad-

sunt admittere aliquas exceptiones contra rescripta Papæ. Hinc pulchre etiã dicit Bal. in d.c.1. per text. ibi quod surrepticia impetratio, hoc est, impetrata tacita veritate, vel expressa falsitate, *secundum not. in l. præscriptione. C. eo. tit. Si cont. ius vel vtil. publ.* non teneat, etiam si sanctus sit ille, qui impetret, sicut erat ibi Beatus Thomas Conthuriensis
5 Archiepiscopus. Subiungens † propter meritum vitæ nõ est recedendum à Iuris dispositione.

Sed prædictis & quibuscunque aliis in oppositum adductis non obstantib. scilicet pro constanti, & in veritate, quod Do. Ioan. S. in Christo defunctus, tanquã agnatus masculus ex linea descendenti Ioan. S. licet tunc extiterint seniores cognati masculi, prout est in actis deductũ anno 90. Dominum I.G. anno 1501. Domi. Chr. B. & anno 4. Dominum H. V. ad dictam Vicariam, sine omni contradictione & impedimento senioris vel seniorum cognatorum masculorum, publice siue palam præsentauerit. Et prædicti tres præsentati viginti annis integris & continuis ad huiusmodi præsentationes D. Ioan. S. subsecutis institutionibus ordinarii in quieta & pacifica possessione, vel q. talis Vicariæ, præsentib. cognatis senioribus. Et quod Luneburgensis consuetudo, quod præscriptio 10. annorum inter præsentes sit vniuersaliter legitima, nec longioris tẽporis præscriptio requiratur, puto contrariam partem de iure veriorem, & ita in hac controuersia pronunciandum fore & esse pro D.F.S. scilicet quod virtute huiusmodi præscriptionis ius præsentandi ad sæpe dictam Vicariam pertineat iam ad eum, tanquam masculũ agnatum, licet D.L. sit senior cognatus masculus, & per cõsequens, quod præsentatus ab eo anno 29. sit ab ordinario instituẽdus, & quod D.L. amplius se tanquam senior cognatus extãte agnato masculo etiã iuniore, de tali iure præsentandi intromittere nõ possit.

Et pro clara euidentia datæ Responsionis est primo
6 sciendum, † quod ad requirendam quasi possessionẽ iurium incorporalium; quæ acquiritur per exercitium illius iuris, sciente & patiente domino, *per l. 2. & ibi Bart. & Il. Cod. de seruit. Bart. in l. 1. §. Hoc interdicto. ff. de itin. actuq; priua. Inno. in c. Bone, la 2. de postu. præla. & in c. Conquerente de off. ord.*
7 Et † an in dubio præsumatur scientia; arbitrabitur bonus Iudex ex multiplicatione actuum & qualitate ipsorum, *de quibus per Inno in d.c. Bona*, sufficit vnus actus, in his videlicet, quæ non solent de facili concedi ratione amicitiæ vel facultatis, alias facilitatis, vt scilicet quod non Canonicus det vocẽ in electione, vel quod quis habeat officium in vniuersitate, sicut vnus in vniuersitate, vel quid simile, & quod exercuerit actum tanquam iure suo vtens, seu vti intendens. *l. fin. ff. Quemad. ser. amit. secundũ Bar. in d. §. Hoc interdicto. Inno. in d.c. Bonæ. la 2. de post. præla.* Panor. in c. Cum Ecclesia Sutrina, *mihi, in 3. colum. vers. Aduerte ex hoc gl.* de causa poss. & proprie. vbi allegat Panor. ad hoc text. in simili, in l. 1. §. Quæsitum. ff. de aqua quoti. & æstiu. vbi ad probandam quasi possessionem seruitutis aquæ ducendæ per fundum alterius, sufficit probare, eum fuisse semel vsum, &c. *Et secundum eum ad idem optime facit c. Cum de beneficio, de præbend. lib. 6.* Et infert ibi, quod ideo in casu illius c. Cum Ecclesia Sutrina, Clerici satis fecissent ad probandum quasi possessionem, quod ipsi semel interfuissent, & dedissent vocem in vna electione. Et hoc vult etiam ibi gl. expresse, *in verb. Trium, in vers. Sed quid si semel elegit.* & Innoc. post eum subdens Panor. ibi; quod in istis præsumendum est, quod vtens intendebat iure suo vti, & dominus patiebatur eum vti pro iure suo. Et sic est textus rotundus in d.c. Cum Ecclesia Sutrina, ibi, consueuerit interesse, &c. quod possessio iuris eligendi absque alio titulo ex solo exercitio eligendi adipisci possit. Ex quo infert ibi Panor. notab. *mihi in 2. col vers. Ex hoc nota.* ex eo ipso, quod quis sciente & patiente eo, ad quem pertinet exercere actum, qui de facili gratiose concedi non solet, videtur exercuisse intendens vti iure suo. Eritdem ex hoc acquirit, quasi possessionem exercendi de cætero ius: *quod dicit esse notandum pro intellectu & c. l. si. ff. Quemad. seruit. amit.*

Secundo præmittendum est, quod licet secundum communem opinionem Doctor. vbi agitur de præscribenda seruitute, regulariter non præsumatur bona fides, quia quælibet res præsumitur libera. Et sic est præsumptio contra possidentem: *l. fin. Cod. vnde vi.* tamen † in in- 8
corporalibus ad præsumendam bonam fidem; non requiritur vt probetur titulus. *l. Si quis diurno. ff. Si ser. vend. Cyn. & Doct. in l. 1. C. de serui.* sed satis est aliquid probare, propter quod iste motus sit ad credendum seruitutem sibi competere. Prædictam tamen communem opinionem limitat Pano. in c. Si diligenti, *mihi in 4. col. vers. Venio ad secundum, ibi, Ego dico hanc opinionem*, de præscript. quod scilicet tunc procedit, quando possessio est recens, sed si per longa tempora possederit, præsumitur bona fides. *Arg. c. 1. de præscript. lib. 6.* Et alleg. ad hoc d. c. Cum Ecclesia Sutrina, loquitur enim ibi text. de quasi possessione incorporalium, & de acquirenda seruitute in iure eligendi contra Canonicos Ecclesiæ cathedralis, iure etiam resistente, & tamen non fuit opus probare bonam fidem. Et dicit hoc etiam sentire Innoc. dicentem, quod propter præsumptionem, quæ est contra præscribentem seruitutem, sufficit allegare titulum, sed non est necesse probare, sed sufficit quod per longum tempus, scilicet per decem annos inter præsentes, & viginti inter absentes, & contra Ecclesiam per quadraginta annos fuit vsus seruitute illa domino sciente & non contradicente, præsumitur enim debitum hoc ius seu seruitus ex ea causa, quæ prætenditur præcessisse. *l. Cum de in rem verso. ff. de vsur. & l. 1. §. fin. ff. de aqua pluu. arcend.*

Tertio sciendum est, quod in casu d.c. Cum Ecclesia Sutrina, si prælatus electus vixisset per annos, Clerici præscripsissent ius eligendi, *secundum gl. antepen. & Ioan. Andr. ibi. Et videtur expressum in d.c. Cum de beneficio, de præbend. lib. 6. Et secundum Ioan. Andr. in d. cap. Cum Ecclesia Sutrina*, non est necesse, si de possessione tantum quæritur, quod tanto tempore vixerit electus. Nam tunc sufficit vnicus actus, & vltimus. *c. Ex literis, & d.c. Consultationib. de iur. patr.* Sicuti enim vnico actu perditur ius; ita vnico actu acquiritur possessio. Et in d.c. Cum de beneficio, in primo responso est textus rotundus, quod ad inducendam consuetudinem, vel præscriptionem status in beneficio, vt scilicet debeat regi & gubernari per certum genus Clericorum, sufficiat quod vno Clerico in eo instituto rectore, fuerit tanto tempore continue & pacifice gubernatum, vt præscriptio legitima sit completa, etiamsi ante vel post religiosi quandoque ministrauerint in eodem. Et probatur ibi tex. gl. 1. iuncto tex. expresse, scilicet quod etiã in persona vnius Rectoris, qui habuisset Ecclesiam per 40. annos, potest compleri præscriptio super iure, vel statu ipsius Ecclesiæ, vel alio iure acquirendo; *vt per gl. in d. c. c. Cum Ecclesia, allegã per d. gloss. 1. in d.c. Cum de beneficio, de præbend. lib. 6.* Et ideo text. dicit ibi, Vno vel pluribus.

Cum ergo, vt ex actis claret, D.I.S. anno 90. D.I.G. & anno 1. D.C.B. & anno 4. D.H.V. ad dictam Vicariam, sine omni contradictione & impedimento senioris vel seniorum cognatorum masculorum publice siue palam præsentarit: Et præsentati ipsi continuis annis viginti successiue in quieta & pacifica possessione, vel q. talis Vicariæ, præsentibus cognatis senioribus fuerint. Et actus

præsentandi sit talis, qui de facili ratione amicitiæ alteri scilicet non patrono concedi oon solet: Sequitur primo, quod maxime per huiusmodi tres actus siue exercitia præsentandi in iure, ex quo senior cognatus masculus, L. T. ad quem allegabatur ratione fundationis, tunc præsentationem pertinuisse sciuit passus fuit, & non contradixit dominus S. tanquam senior agnatus acquisiuerit quasi possessionem iuris præsentandi ad præfatam Vicariam, & quod videtur tales actus presentandi exercuisse intendens vti iure suo.

Item & secundo sequitur, quum prædicti tres præsentati anno 90.1.& 4. à sæpenominato D. I. S. tanquam ab agnato masculo, licet iuniore, dictam, Vicariam viginti annis, imo pluribus scientibus & patientibus senioribus agnatis ex linea descendenti possederint, quod ipse I. S. fuerit in bona fide. Item & tertio infertur, & concludenter sequitur, videlicet quia præsentati à dom. Io. S. annis 90.1.& 4. tanquam ab agnato masculo, licet iuniore, &c. sæpedictam Vicariam pacifice ac continue tanto tẽpore possederint gubernarintq;, vt legitima præscriptio, viginti scilicet annorum, virtute consuetudinis vrbis L. cõpleta & pfecta sit, ꝙ iam legitime super statu seu iure sæpetactæ Vicariæ præscriptum sit, ita scilicet, vt ad eam tẽpore vocationis nouissimę, quę scilicet fuit anno. 29. pręsentatio ad F. S. tanquam agnatũ masculum, cognatis vtriusq; lineæ etiam senioribus extãtibus, pertinuit, & hodie pertineat. Nec obstant fundamenta supra in prin. in con-
9 trarium adducta. Et primo, quod † laicus ius patronatus præscriptione acquirere nun possit. Quia communis opinio est in cootrarium, quæ probari videtur in d. c. Querelam. Per quem tex. ita tenet Ioan. And. videlicet, quod laicus possit præscriptione quærere ius patronatus. *Et cõmuniter eum sequuntur Moderni, vt expresse dicit ibi Panormit.* ideo ab illa communi opinione per vulgaria, consulendo & iudicando non est recedendũ; tamen de hoc hic non est insistendum. Quia prædicta procedunt, quando agitur de iure patronatus constituendo, vel iam constituto Ecclesiæ competentim tollendo Sed est sine dubio, *vt etiam dicit Panor. in d. c. Querelam de elect.* in discursu. Quod si Ecclesia habebat patronum laicum, tunc laicus potest præscribere contra talem patronum laicum, istud ius patronatus. Quod maxime in casu proposito procedit, cum virtute fundationis ius patronatus, etiam pariter agnatis ex linea directa I. S. constitutum sit. Quare in præsentiarum agnati masculi pariter titulum habent. Et præscriptione hoc solum eis in propositum quæsitum est, quod si extet agnatus masculus, quod ipse pręferatur cognato masculo, etiam seniori in iure præsentandi. Et fortifican-
10 tur prædicta, † cum etiam illo casu laicus sine omni dubio, quando non solum fundat se ex præscriptione, sed etiam ex vi iuris patronatus, & sic ex titulo præscribat ius patronatus, etiam contra Ecclesiam, secundum ea quæ pulchre ponit Panor. in d. c. Querelam, vbi dicit, vtile esse vendicanti ius patronatus, vt fundet se non super sola præscriptione, sed super iure patronatus, & quod ad illud præsumẽdum alleget præsentationes plurimas, & temporis cursum ad præscriptionem requisitum, vt est tempus 40. ann. contra Ecclesiam. Quanto magis vẽdicant sibi in proposito ista locum, vbi agnati masculi habẽtes etiam titulum iuris patronatus, hoc præscriptione acquirere potuerunt, quod ipsi extantes excludant in præsentando cognatos etiam seniores.

Nec obstant, secundo adducta de præscriptione 40 annorum contra Ecclesiam, &c. Nam illa procedunt, quando laicus vel Ecclesia præscribit contra Ecclesiam, vel piam causam, quia hoc est introductum in fauorem Ecclesiæ. *d. Authen. Quas actiones, & d. §. Pro temporalibus.* Ecclesia autem contra priuatum, & priuatus contra priuatum bene præscribunt minori tempore, prout scilicet Iure ciuili cautum est, *secundum not. in d. Authen. in Regula, Qui ad agendum, in Mercu. lib. 6. Panor. in c. Sanctorum, ad finem, & in d. c. de quarta, mihi in 5. colum. post prin. vers. Sed quantum ad principalem Articulum, de præscript.* Et † quod consuetudine 11
vel statuti loci præscriptio à Iure communi inducta, & ita minui possit, est explorati iuris, *vt probatur aperte per ea quæ habentur & notantur in l. Omnes popul. ff. de iusti. & iur. in l. de quibus. ff. de ll. in l. 1. & 2. Cod. quæ sit longa consuetudo, in §. Ex non scripto. Instit. de iur. nat. gent. & ciuil. in c. Dilectus, cum similibus, de consuet.* Nam licet de iure communi debita regulariter præscribantur 30. annis, tamen valet & tenet statutum, vel consuetudo, quod iuri petendi debitum præscribatur 10. annis l. *Sicut C. de præscript. 30. vel 40. annorũ.* Ita singula etiam in specie decidit Bart. *in l. cunctos populos, in 2 quæst. princip. mihi, in 6. colum. vers. Ecce alia. Et sequuntur ibi communiter ll. Cod. de summa trinita. & fide cathol. Et in repe. l. de quibus, mihi in 11. colum. vers. Item in ciuitate ista. ff. de ll.* Et in repet. l. Omnes populi, *mihi in 16. colum. vers. Ecce alia.* vbi dicit valere statutum, quod possessor bonæ fidei præscribat quinq; annis. ff. de iusti. & iur. Et sic valet consuetudo L. quod præscriptio viginti annorum, vniuersaliter sit legitima, quod posset per multa probari & confirmari, quæ breuitatis causa, tanquam superflua, hic omittuntur. Et licet ista controuersia non tractetur in iudicio L. sed coram iudice ordinario, & Ecclesiastico, tamen ex quo ambo litigantes sint ciues L. & illa consuetudo, vt apparet, respicit decisionem & diffinitionem præsentis cõtrouersiæ, ideo secundum eam à iudice causæ iudicandum & pronunciandum est, *opt. arg. l. Si fundus, & quod ibi no. Bart & Bald. ff de euict.* Et probatur aperte per ea, quæ decidunt Bart. & alii in d. l. 1. C. de summa trini. & fide catholi. vbi Bart. per d. l. Si fundus, tradit pulchram Regulam, cõmuniter ab omnibus approbatam; † Quod in his, quæ re- 12
spiciunt condemnationem, executionem, siue diffinitionem, non attenditur statutum vel consuetudo loci, in quo agitur iudicium, sed statutum loci, in quo celebratus est contractus. Item concludit, quod in his quæ veniunt præter naturam, ex aliqua mora vel negligentia, debeat attendi statutum loci, in quo solutio est facienda *per l. vinum ff. Si cert. peta. & per l. pen. & fi. ff. de trit. & in l. 1. in princip. iuncta gl. ff. de vsur.* Ex quo infert ad quæstionem in terminis prædicti statuti, scilicet quod si creditor steterit 10. annos ad petendum creditum præscribatur. Pone, Bononiensis existens Romę promisit Florentino soluere in ciuitate Bononiæ. Pone, Florentinus stat per 10. annos, quod non petit, certe erit exclusus virtute statuti Bononiensis, quod attendi debet, ex quo Bononiæ debebat fieri solutio, & ibi commissa est negligentia per creditorem. *Et ita cum Bart. transeunt alii. idem dicit Bartol. in d. repet. l. de quibus.* Per quæ concluditur; præsentem controuersiam secundum consuetudinem L. vbi præsentatio sortitur suum effectum, &c. decidendam esse.

Nec huic obiici potest, quod consuetudo laicorum non possit comprehendere spiritualia, sed ius patronatus est quid spirituale, vel annexum spiritualitati *d. c. Quanto. de iudic.* Et per consequens, quod sic solum habeat locum præscriptio 40. annorum, inducta à iure Canonico, &c. Quia vera & cõmunis opinio est, *quã ponit Panor. in d. cap. Quanto, quem ibi communiter sequuntur Moder. reprobata ibi opinione Anto. de Butri.* videlicet, † quod ius patro- 13
natus non est mere ius spirituale, sed solum annexum spiritualitati, pro tanto, quod causa iuris patronatus debeat

beat etiam tractari coram Iudice Ecclesiastico. Nam si secundum naturam suam esset spirituale, sequeretur, quod per laicum neque possideri, neque præscribi posset, cuius contrarium tamen est verum. *d. c. Querelam, de elect. & d. c. Consultationib. de iure patronatus.* Item si ius patronatus esset mere spirituale in casu, in quo conceditur laico, non diceretur per eum possideri, sed detineri nomine Ecclesiæ, *Textus est bonus in c. Cum Apostolica, ibi, Et aliud quod detinetur à laico. de his, quæ fiunt à prælat. si. consen. cap.* Sed ius patronatus dicitur possideri à laico, iuribus supra alleg. ergo non est mere spirituale, alias non diceretur possideri, sed detineri. Item ius spirituale non potest acquiri iure hereditario. *1. de præbend. d. c. Cum seculum, & aliis iurib. supra in prin. adduct. de iure patron.* Et sic vult Abb. & communiter Modern. in d. c. Quanto, quod ius patronatus dicatur temporale annexum tantum spiritualitati. Hinc pulchre dicit S. Tho. *2. q. 1. Arti. 4. quem alleg. not. ab. Feli. in d. c. Quanto*, quod ius patronatus annexum sit spiritualitati. Primo, tanquam dependens à spirituali. Secundo, quando non dependet à iure spirituali, sed ordinatur ad ius spirituale, & sic est ius patronatus, ideo nimirum, si cadit in laicum. Et dicit Card. in c. Examinatâ, de iud. quod ius patronatus improprie sit spirituale, & quod origine sit tẽporale, sed quod ideo dicatur annexũ spirituali, quia adhæret Ecclesiæ. Et confirmatur per c. ex literis, de iur. patro. vbi cum venditione vniuersitatis transit etiam ius patronatus, quod nõ esset, si esset mere spirituale. Hinc etiã pulchre dicit Pan. in d. c. Quanto. quod sententia laici confiscãtis bona, valeat, etiam quo ad ius patronatus in eis contentum. Et licet Ioan. de Imol. videatur ibi contrarium tenere, tamen Pan. opinio est communis, vt ibi attestatur etiam Philip. Deci. Hinc egregie dicit Panor. in d. c. Quanto, *ante finem 2. col. vers. Dic ergo directe*, quod licet concessio iuris patronatus facta ab Ecclesia laicis, non extendatur ad istum casum, vt Iudex laicus de iure patronatus cognoscere possit, tamen extra illum casum extendatur ad omnes actus consecutiuos ad ius possidendi. Subiungens: Vnde transit etiam ad hæredes extraneos, sicut res prophana. *c. Filii, 16. quæst. 7.* Item transit cum vniuersitate, &c.

Ex quibus iam luce meridiana clarius sequitur, istam controuersiam vertentẽ inter laicos, & non contra Ecclesiam, nec in eius præiudicium subiectam esse præscriptioni consuetudinariæ insignis vrbis L. potissimũ cum hic non agatur etiam de constituendo iure patronatus, vel de iam constituto Ecclesiæ tollendo, vt supra ostensum est, præsertim etiam cum ab anno 1490. &c. tempore I. S. aliis cognatis masculis iunior natu præsentauit, vsque ad tempus motæ litis, quasi 40. anni, vt ex ex actis claret elapsi sint, & sic quasi completum tempus 40. annorum, de iure Canonico, ad præscrip. complendam contra Eccles. requisitum.

Nec obstant tertio in contrarium adducta. Nam cum D. I. S. suas præsentationes annis 90. 1. & 4. publice in Ecclesia per Iudicem ordinarium proclamari fecerit, & in hoc loco, vbi cognati simul habitabant, sequitur D. L. ignorantiam ad malam fidem præscribentis prætendere non posse, cum non præsumatur ignorantia eius, quod publice fit, præsertim inter consanguineos. *l. Si inter, cum ibi not. cum similibus. Co. l. de pri. tut. vel cura.* Item proximitas sanguinis seniorum cognatorum masculorum, induxit etiam præsumptionem Iuris, quod scilicet sciuerint D. Io. S. tempore præsentationum suarum fuisse minorem natu, vel facta eius. *l. de tutel. C. de rest. in int. l. Octaui. ff. vnde cog.* Et ideo concludit dictum testis. in his quæ consanguinei, & quæ vicini verisimiliter scire possunt, si interrogatus de causa scientiæ respondeat, quia sum eius consanguineus, vel vicinus, cum videatur sufficientem causam dicti sui reddere, *secundum Bart. & Moder. in l. 1. ff. Si cert. pet. per d. l. de tutel. & l. Octaui.* Bene facit c. Quosdam, &c. Quanto, de præsum. & quæ ibi not vbi vicini præsumuntur scire publice factum in loco vicino. Et talis probatio, quæ ex huiusmodi præsumptione Iuris fit, præsumitur & appellatur liquida, *vt not. in d. l. Si tutor. Et probatur per tex. in l. 1. & ibi Angel. Cod. de testam. mili. Doct. in d. c. Quosdam, de præsump.* Pro quo etiam accedit quod hæres præsumitur scire testamentum defuncti, *vt nota. in l. Cum hæres. ff. de libe. leg. Bald. in d. l. Si tutor.* Multo magis successores præsumuntur scire communem fundationem pro tota linea descendente à cõmuni stipite facta. Quare contra prædictam legitimã & completam præscripr. ex capite ignorantiç à dom. L. Actore non potest peti restitutio in integrum.

Ex quibus omnibus iam patet, quod posito, non tamẽ concesso, quod surrogatio facta de præsentato à domino Francisco S. in locum præsentati à domino L. T. nihil iuris ei attulisset, quod tamen adhuc ipse virtute prçsentationis factæ à dom. F. S. ab ordinario instituendus esset: quum tempore huiusmodi surrogationis fuerit ius præsentandi ad sæpedictã Vicariã ipsi F. S. tanquã masculo agnato, excluso dom. L. T. cognato seniore iam acquisitum. Ideo sine omni vtilitate est hic disputandum de validitate huiusmodi surrogationis, præsertim quum, vt claret, etiamsi non fuisset facta illa surrogatio, D. Franciscus nomine prçsentati à se haberet intentum. Licet ex parte D. Francisci satis ostensum sit, quod illa surrogatio fuisset valida etiamsi ipsi tempore prçsentationis non competiisset ius præsentandi, virtute scilicet regulæ Cancellariæ citatæ ex parte D. Francisci. Et ex virtute facultatis in specie concessæ Reuerendissimo D. Cardinali, & Legato à summo Pontifice specifice etiam ad beneficia litigiosa, vt in actis adductum est. Nec tacuit præsentatus à D. Francisco litis pendentiam, vt prouisio & surrogatio indicant. Et confirmantur prædicta, quia posito, & non concesso, prout etiam in veritate non est, vt supra luculẽter ostensum est, quod si huiusmodi ius præsentandi agnatis masculis etiam iunioribus nondũ quçsitum esset, & quod D. Ioan. S. non fuisset etiam in bona fide, ex quo tamen negari non posset D. Franciscum S. fuisse & esse in quasi possessione iuris prçsentandi cum bona fide. Quum semper agnati masculi ad dictam Vicariam prçsentauerint, & annis 90. 1. & 4. D. Ioannes S. tãquam agnatus masculus, licet iunior etiam ad eandem præsentauerit, sequeretur quod nihilominus si contingeret Franciscum S. in petitorio succumbere, quod tamen nullo modo contra apertra iura futurum præsumẽdum est. Et surrogatio de iure non tenuisset, & præsentatus à domino L. T. adhuc superuiueret, quod adhuc præsentatus à D. Francisco S. esset præferendus præsentato à D. L. T. Multo magis iam eo defuncto ab ordinario instituendus. Ita probatur per tex. in d. c. Consultationibus, in 1. Respons. de iur. patrona. vbi dicitur, quod institutus ad præsentationẽ illius, qui ius patronatus Ecclesiç possidebat, licet postea illud ius patronatus ab eo euincatur.

Item clari iuris est, quod H. S. à D. Francisco in testem productus, ex negligentia Commissariorum nondum examinatus super articulo tangente consuetudinariam præscriptionem, adhuc super eo examinari debeat, ad petitionem ipsius D. Franc. S. † Non obstante, quod attestationes fuerint publicatç. Ita probatur per text. ad literam, in c. Per tuas, de testibus, vbi disponitur, quod licet testes post publicationem amplius non possint interrogari, nisi dolo vel negligentia Examinatoris, super omnibus capitulis interrogati nõ fuissent. Nam ita dicit 14

ibi Papa in parte decisiua: Nos igitur respondemus illum non esse super hoc de cætero audiendum, nisi forsan à principio illos interrogari super cæteris capitulis postulasset, idque malitiose vel negligenter fuisset prætermissum. Et sequuntur omnes Doctores, per tex. ibi, videlicet, quod si dolo vel negligentia Iudicis omissa fuerit examinatio super certis capitulis siue articulis, datis à parte producente post aperturam super iisdem examinari debeant. Et talis malitia vel negligentia in dubio præsumitur, *secundum Specu. in tit. de test. §. Nunc videndum, quasi in fine, Et sequuntur Cano. in d. c. Per tuas, qui tex. habet etiam locum in interrogatorijs, secundum Spec. vbi est quod Panor. in d. c. Per tuas, dicit esse notandum ad extensionem illius c. & dicit probari in c. 2. eodem titulo, in 6.*

15 Et † licet pars ad iussum Iudicis non teneatur respondere positioni, si ipsa fuerit iuris: Vt si ponatur, quod impubes possit condere testamentum, vel his similia. Nam quum quis ius probare non tenetur, sed factum; ergo nec ponere, quum succedat in locum probationis. *Gloss. est ordina. & approb. in c. 2 super verbo, Rationabilis causa, post medium, ibi scilicet, item si positio sit iuris, de confess. in 6.* Et si responderet aliter, quam ius disponeret, tamen confessio sua ei non præiudicaret. *l. Ornamentorum, & ibi pulchre Bar. ff. de auro & argen. leg.* Tamen positioni iuris consuetudinarij vel municipalis, & ita positioni super consuetudine vel statuto, ex quo sunt etiam facti. *c. de constit. in 6.* Et qui allegat consuetudinem, debet eam probare. *c. Cum dilectus, de consf.* Quis per se, vel per procuratorem suum respondere debet, *secundum Ioan. Andr. in c. fi. de ver. conf. Et notanter Bart. in l. 2. in fin. col. Quaro facio tibi positionem ff. de confe. Bald. in l. a. §. Quod si obseruare. C. de iur. propter calum. præstand. Cano. in d. c. 2. de confe. lib. 6.* Ideo etiam L. T. positioni super consuetudinaria præscriptione 20. annorum ciuitatis L. per se, vel per procuratorem respondere tenetur, alias pro confesso habetur. *d. c. 2.*

THEMA CONSILII LXXXVIII.

Vtrum vasallus possit alienare feudum, sine consensu domini directi.

SVMMARIA.

1 *Vasallus sine consensu domini feudum alienare non potest.*
2 *Emptori feudi sine consensu domini alienati, si est bonæ fidei, datur actio ad precium.*
3 *Etiam in casu necessitatis feudum sine consensu domini alienari non potest.*
4 *Ex permissione, seu consensu domini feudum licite alienatur.*
5 *Sola scientia & taciturnitas domini inducit consensum.*
6 *Præscriptio longissimi temporis obstat domino directo, volenti reuocare feudum sine suo consensu alienatum.*
7 *Melior testis haberi no potest, quam sit glos. ordinaria.*
8 *Contra bonæ fidei emptorē feudi est ferenda sententia, nec potest illi auferri possessio propria autoritate.*
9 *Iuri offerendi præscribitur præscriptione 30. annorum.*
10 *Valet consuetudo, quod feuda sine licentia domini alienentur.*

CONSILIVM LXXXVIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus qui proponitur, talis est. Titius habens quædam bona in feudum ab Illustribus principib. M. eadem absque eorum consensu alienauit, adiecto tamen pacto, quod liceat sibi eadem oblato precio redimere. Et illa bona per 30. annos bonæ fidei emptore N. sunt possessa: allegatur etiam consuetudo Ducatus M. cuius rigore liceat vasallis etiam sine consensu dominorum directorum feuda sua alienare. Et ex istis dequibusque contigit dubitari. Primo, an vasallus possit alienare feudum sine consensu domini. Et respōdetur, quod non. Secundo, vtrum possit ex consensu & permissione domini licite alienare. Et vtrum tacitus consensus per scientiam & patientiam domini inductus, sufficiat. Et responderur quod sic. Tertio, vtrum domino directo non consentienti alienationi, & reuocare volenti obstet præscriptio 30. anno. Et respōdetur, quod sic. Quarto, si ipse vasallus post elapsos 30. annos, velit redimere ex pacto venditioni apposito, vtrum possit. Et respondetur, quod non, eo quod iuri redimendi sit præscriptum. Vltimo, vtrum vasallus & emptor, in casu quo non præscriptum sit, possint se tueri contra dominum nō consentientem, ratione consuetudinis. Et respondetur, quod sic.

Præmissa omnia ordine suo breuiter probantur. Et 1
primo † clari iuris est, quod hodie feuda non possunt per vasallos sine consensu dominorum quouis titulo, siue pignoris venditionis, siue etiam in salutem animæ, nec etiam titulo inuestituræ, vel libelli, dato precio alienare, vel distrahere, pro tāto, quod si vasallus alienauerit feudum in totum, vel pro tanto, dominus poterit reuocare talem alienationem, & vasallus alienus perdet feudū & precium, & præscribens huiusmodi instrumentum 2
efficitur infamis. † Licet emptori bonæ fidei detur actio ad precium, contra venditorem. *c. 2. §. Præterea. in tit. de capit. corra. c. 1. in tit. de prohib. feud. alie. per Lotha. Et est hodie clarus tex. de omnibus istis ad brocam, in c. 1 vsque ad d. §. Præterea, la 1. eu tit. de prohib. feud. alien. per Frede.* Et procedit dicta regula pro tanto, quod quamuis alias necessitas non habeat legem. *c. 2. cum similibus, de obs. iein.* & factum illicitum faciat probabile. *l. Qui potuerint. ff. de manumiss. testam.* Hinc etiam pater propter famis necessitatem filium distrahere potest, *l. 1. C. de Patrib. qui fil. distra.* † tamen feudum 3
etiam in casu necessitatis per vasallum sine consensu domini alienari non potest, *secundum Bald. Aluar. & alios in c. 1. in tit. Quod alie. feud. alie. pot.* Et est ratio secundum Doct. quia vasallus non habet ius plenum in feudo, & non debet superioritas domini vllo modo alterius facto attenuari. *d. c. 1. in versic. Extenuatos, in tit. de prohib. feud. alie. per Frede.* Secundo † expeditum est, quod licite feudum alie- 4
natur, ex permissione & consensu domini feudi, vt patet per prædicta iura. Et sufficit hoc casu tacitus consensus domini, si scilicet dominus sciuerit alienationem factam per vasallum suum, & tacuerit. † Cum sola scientia 5
eius cum taciturnitate inducat & operetur consensum eiusdem, *secundum doctrinam gl. not. in d. c. 1. in gl. in ver. Permissione, ibi, sed quid si eo sciente, & non contradicente, per iura in ea ibi allegata, de prohib. feud. alien. per Lotha. & in c. 1. de feud. dat. in vice l. commiss. vbi vult, quod taciturnitas cum consensu domino præiudicat. Et prædictas glo. sequuntur And. de Iser. summus feudi. ibidem, & Io. Arcd. in fin. quibus mod. feu. amit. super Rubr. Si dominus. & post eos Alino. in cap. 1. in 42. conf. in tit. Sensent alienationi qua fuit prim. causa benefi. amit. Et allegant ad hoc text. in l. 1. & in l. Si hypothecas. C. de remiss. pigno. & l. Quidam. ff. de euict. & l. Creditor. ff. de verb. significa. Et istam partem communiter sequuntur Doctores, vt attestatur Iacob. de San. Gr. post Alua. in solenni suo tracta. de feudis. in verbo. Et cum pacta de non alienando, mihi in 5. colum. ad finem, in vers. scilicet, Hic cadit pulchra dubitatio, an sufficiat consensus. Et licet quidam Doct. Bart. Capr. in d. c. 1. de pro. feud. alie. per Frede. teneat contrarium, quem etiam ibi sequitur Ioan. Ra. in suo commento, in §. Habito, & tenendo istam opinionem contrarium possit responderi ad d. l. 1. & d. l. Si hypothecas cum similibus, prout ad ea respondet Iacob. ibi, supr. tamen ab opinione glo. quam communiter sequuntur Doctores, non est recedendum, per vulgat. & ita etiam in specie in terminis nostris dicit Iacob. in d. versi. Sed hic cadit in fine eius, ab opin. gl. iudicando non esse rece-*

6 *esse recedendum*. Item tertio † patet, Illustriss. Princip. M. reuocare volentibus prædictam alienationem der wüste feldmarck Berentin, sine eorum cõsensu factam; obstare exception. præscriptionis longissimi temporis. Idem 30. vel 40. annorum, si opposita fuerit. Quum talis præscriptio longissimi temporis, 30. scilicet annorum, obstet dominis reuocare volentibus alienationem feud. Ita decidit gl. notab. in c. 1. §. Præterea, *in verbo. Præscriptione, ibi scilicet non intelligi de præscrip. 30. annorum, &c.* in titu. de cap. corra. per rationem in gl. ibi signatam, quia tali præscriptione longissimi temporis tollitur omnis actio. *l. Sicut. Cod. de præscript. 30. annorum. & prædictam gl. sequuntur ibi Bald. Nicol. de Neapol. Iacob. de Bel. Alua. & Alex. Idem tenet Ioan. And. princeps Canon. in addit. ad Spec. in 1. Additione, in fine, scilicet super Rubr. de feud.* Nec prædictæ opinioni obstat textus, in d. §. Præterea, dum dicit, nulla obstante præscript. & text. in d. c. 1. alias, constitutione Imperiali, ibi nullius temporis præscriptione impediente. Quia respondent gl. & Doctor. quod prædicta iura loquuntur tantum de præscriptione longi temporis, scilicet 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes. Non autem de præscriptione longissimi temporis, 30. vel 40. annorum, quum per talem tollatur omnis actio. *d. l. Sicut.* Nec secundum eos credendum est in dubio, quod præfati Imperatores, Conradus, & Fridericus, voluerint derogare per dictas eorum constitutiones, prædictæ præscriptioni longissimi temporis, 30. scilicet vel 40. annorum. Et prædictam glo. confirmat etiam Aluarot. in d. §. Præterea. *in 2. colu. vers. Oppono, cum gl. 3. ad finem.* quia in simili videmus etiam hodie hanc præscriptionem longissimi temporis, scilicet 30. annorum, militare aduersus dominos, in materia feudali. *c. Si quis per triginta, in tit. Si de feud. fuer. contro. & d. c. fin. in Tit. de feud. dd. in 6. l. commiss. Et pro illa parte est textus in cap. 1. § porro, ibi, præscriptione autem 30. annorum submouebatur, in tit. qual. ali. feu. alie. po.* Et licet aliqui teneant cõtrarium, tamen subdit Aluarot. vbi supra, in iudicando in dubio securius adhærendum esse opinioni glo. †

7 quum melior testis haberi non possit, quam sit gl. ordinaria, *secundum Bald. in l. fin. Cod. de pen. iud.* Hinc pulchre prorupit in hæc verba Salyc. de authoritate gl. in *l. 1. mihi in 3. colum. vers. Ex quo infert dominus meus.* C. de pact. Et hæc fuit pulchra & subtilis defensio gl. nostræ, ad quam vnusquisq; deberet intendere, quum gl. sint nostræ nauiculæ, per quas portum valde arctum ingrediamur, vt postea in naues latiores & profundiores transeamus, & ad portum claræ veritatis perducamur. Et dicit Ioan. Andr. in d. addit. in fi. quod d. §. Præterea, intelligatur & communiter teneatur, quod solum minor trigenaria ibi intelligatur amota. subiungens, hoc etiam placere Dyn. suo, Consil. 44. in memb. 3. Et sic patet dictam opinionẽ esse communem, & per consequens in iudicando & cõsulendo non esse ab ea recedendum.

8 Item † indubitatũ est, quod licet si vasallus vendat seu alienet feudum sine consensu domini, illud amittat, & ipsum reuertatur ad dominum; tamen respectu illius, qui emit bona fide ab ipso vasallo, est necesse, quod cõtra eum feratur sententia, per quam priuetur huiusmodi feudo, vt ipse emptor possit agere de euictione contra ipsum vendentem, ad eius hæredes, *per l. 1. ff. de euict.* Ita decidit gl. notab. quam ibi sequuntur Bald. & communiter Feudistæ, in d. Const. Imperialem. §. Callidis, *in versic. Reuertantur, ibi, quantum vero ad empt. &c.* Ex qua infert ibi Bald. in princ. d. §. Callidis, & post eum Doct. quod quanquam vasallus per alienationem ipso iure cadat á feudo, & reuertatur ad dominum, tamen iste dominus non poterit sua authoritate possessionem apprehendere, quam bonæ fidei emptor tenet, sed requiratur contra eum sententia, subdens, generaliter non posse possessionem apud alium constitutam propria autoritate apprehendere, *post Petr. de Lerdone.* Et assignant Doctores rationem, quia emptor ipse non habet causam á domino. *Arg. l. 1. § Necessario, ff. si mal. ven. no.*

Item quarto † patet, communẽ esse opinionem, imo Iuris veritatem Iuri, offerendi seu redimendi præscriptione 30. annorum præscribi. Ita probatur per text. in l. Cum notissimi. C. de præscript. 30. vel 40. anno. vbi expressim dicitur: Ius quod competit secundo creditori in hypotheca vel pignore contra priorem creditorem, præscribitur 30. annis. Et ratio est in promptu, quia cum ius redimendi seu offerendi sit ius, sequitur quod præscribi possit 30. annis, *per reg. d. l. Sicut, & l. Omnes leges, de præscrip. 30. annorum*, licet meræ facultati nunquam possit præscribi. *l. Viam publicam. ff. de vi publi. secundum gl. & Bar. in d. l. Cum notissimi.* Licet etiam facultati, nõ tamen meræ, ex qua scilicet si in actum fuerit deducta, oriatur ius, etiam præscribatur. *Ita pulchre & magistr. aliter declarat Angel. Perus. in l. Pignori. ff. de vsucap.* Hinc etiam valde nota. consuluit Ang. in Cons. 55. *incipie. Aulledanus & Franciscus vendiderunt Bonifacio.* Quod si vendatur res cum pacto, quod vendens vel eius hæredes possint, quandocunque oblato precio, redimere, quod tamen tale ius redimendi, quum non sit mera facultas, quum ex ea deducatur in actum, ante præscriptionem oriatur, ius tollatur præscrip. 30. annorum. *Et dicit D. Ias. in l. 3. alias, Si mater, ante finem, quod pluries de facto interrogatus responderit, & consuluerit secundum illud Consilium Angeli. Et quod iuri offerendi præscriptione 30. annorum præscribatur, communiter tenent Doctores, de quo etiam per Alex. de Imo. l. Quamdiu, la 1. de acqu. hæred. Et prædictum consilium Angel. notab. refert & sequitur Fel. in c. Accessissent, mihi in 10. colum. vers. Secundo declaratur, de cõstitu.* Item constat, quod possessor bonæ fidei ex præscriptione bonorum etiam sine titulo acquirit vtile dominium, ratione cuius vtilis dominii competit ei vtilis in rem actio contra quemcunq; possessorem, *imo secundum gl. 1. not. ibi, vtilem in rem. Et ita acquirit vtile dominium, quam ibi sequuntur Legist. in Au. nisi tricennale. c. de bo. mat.* Et ex huiusmodi possessione 30. annorum præsumitur bona fides. *Ita probatur per text. in l. fin. in fi. & ibi pulchre eam ad hoc notat & declarat. Et sequuntur Doctores; C. vnde vi.* 9

Vltima responsio est etiam iuri consona, † quum valeat consuetudo, quæ habet, quod feuda sine licentia domini alienari possunt. Ita tenent Ioan. Raynal. *in sua repeti. d. c. 1. §. Habito. de prohib. feud. alien. per Freder.* & Petru. Rebuff. in tracta. suo, circa arborem feudorum, *col. 4. vers. Quinto feudum*, vbi dicit, in regno Franciæ consuetudinem esse, quod sine delectu feuda alienari possint, etiamsi feuda Ecclesiæ essent, & id ipsum domino inuito. Nã statutum & consuetudo contra iura feudorum valet, *secundum Bald. & Feud. in c. 1. §. Hoc quoque obseruandum; in tit. de suc. feud.* Item pulchre decidit etiam Iacob. *in suo solenni tracta. de feudis, in verb. Cum pacto de non alienando, mihi in 5. colum. vers. Sed cadit pulchra dubitatio, nunquid valeat consuetudo.* Nec obstat secundum eum, text. in d. c. 1. *in princip. ibi nullius temporis præscriptione impediente*, de prohib. feud. Quia respondet post Ioan. Rain. vbi supra, scilicet, quod ibi tollatur simplex præscriptio, sed non tollitur compositum, id est, consuetudo, nam secundum eos licet text. vel Decretalis tollat simplex pactum, non tamen sub ista generalitate sermonis dicentis: Non obstantibus quibuscunq, conuentionibus & pactis, comprehenduntur pacta sententiata per cursum temporis confirmatã, nec etiam pacta iuramento firmata, *& allegant ad hoc glo.* 10

notab.in Cle. Dudum. §. fin. in verbo, Pacta. de sepultu. Et not.in c. Quum non deceat, de elect. lib. 6.

THEMA CONSILII LXXXIX.

De successione collateralium, quod scilicet in collateralibus vltra fratres, & eorũ filios, pluralitas vinculorum non attendatur.

SVMMARIA.

1 *Pluralitas seu duplicitas vinculorum non facit quem proximiorem in gradu.*

2 *Sola proximitas gradus de iure antiquo inspicitur.*

3 *Ius nouum excipit tantum duos casus.*

CONSILIVM LXXXIX.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Ad confirmationem prædictæ decisionis, quæ in hoc versatur, † quod vltra fratres fratrumq; filios
1 pluralitas siue duplicitas vinculorum nõ attendatur, est primo sciendum, quod pluralitas non faciat quem proximiorem in gradu, ita videlicet, quod frater ex vtroque parente, & ex altero tantum, fuit in pari gradu, & ita denique in vlterioribus collateralibus. *l. Iure consul. §. Secundo gradu. ff de gradu. §. Reliquum. versic Vnde consequens, in Authe. de hæreditatibus ab intest. collat. 8. Authen. Cessante. C. de legit. hered.* Et † ista proximitas gradus in successionib. de iure
2 ciuili antiquo sola inspicitur. *l. Post consanguineos. §. Legitima. C. de legit. hæred.* † à qua Regula iuris ciuilis in succes-
3 sione collateralium, de iure nouissimo Authenti. solum duo casus excipiuntur, quibus non obstante paritate seu æqualitate, seu prærogatiua gradus duplicitas vinculorum attenditur, scilicet in fratribus & eorundem filiis. *§. Reliquum. & Authen. Cessante.* In vlterioribus autem collateralibus, quando scilicet non tractatur de hæreditate fratris patrui, vel sororis, auunculi, amitę, vel materteræ, antiquum ius ciuile in hoc non reperitur à iure ciuili Antheuticorum innouatum, ideo in eis remanet dispositio iuris antiqui, videlicet quod non attendatur pluralitas vinculorũ, sed sola proximitas gradus: quia quod non mutatur, cur stare prohibetur? *l. Sancimus Cod. de testa.* igitur quicquid hac lege specialiter non reperitur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis, omnes relictum intelligunt: seruanda enim sunt iura antiqua in vlteriorib. collateralibus, qui hoc non considerabant, sed pares in gradu pariter admittebant, licet vnus esset duplici vinculo coniunctus, alter vno tantum. *l. Præcipimus, in fi. C. de appell.* Et sic non esset emanata dispositio. *§. Si vero neque fratres, in Auth. de hered. ab inte. ven. col. 9.* adhuc præsens casus remanet in dispositione iuris antiqui, cum non simus in successione fratrum, eorundemque filiis, & ita in casibus exceptis à iure communi. Quãto magis hoc sibi vendicat locum, quando de iure Autheoticorum nouissimo expresse dispositum est, quod in vlterioribus gradibus non attendatur duplicitas vinculorum, sed solũ proximitas gradus, vt proximior succedat, etsi plures eiusdẽ casus succurrant, æqualiter succedunt in capita, seu secundum numerum personarum. d. §. Si vero neq; fratres. & d. Authen. Post fratres. Quia in d. §. Si vero, principaliter statutum est ad tollendum omne dubium, quod ex §. præcedenti oriri posset, in quo quidem contra Ius ciuile ff totum, & C. de nouo dispositum est, quod in fratribus, & in eorũdem filiis pluralitas vinculorum inspiciatur, non attenta æqualitate, seu prærogatiua gradus, quod fratres ex vtroque parente succedant solũ fratri, excluso fratre ex altero tantũ, licet fuit in eodem gradu. Item quod filii fratrum & sororum in stirpem succedant, ideo ad tollendam omnem ambiguitatem in d. §. Sin vero, expresse disponitur, videlicet, quod hoc, quod in præcedenti §. dispositum est, nõ habeat locum in vlterioribus collateralibus, sed in eis proximitas gradus inspicitur, ideo expresse dicit, si neque fratres, &c. Et sic euidentissime claret, quod sæpe allegatus §. Si vero, suo ordine, & verborum compositione loquitur in aliis, & separatis terminis, alias eius dispositio ad ventum, & superflue facta esset, quod nequaquã imaginandum est. Ita p plura dicta tenent & determinant Iaco. de Oldr. in §. Si vero. Bart. clarissime in d. §. Legitima, vbi expresse dicit: Nam illud, quod dicitur, vtrum sint ex vtroque parente, an ex vno, non habet locum, nisi quando tractatur de succes. fratrum vel patruorum, secus si de successione vlteriorum. d. §. Si vero neque fratres, ibi, sola tantum propinquitas inspicitur in gradu: non vincula, quibus iunguntur, subiungens sibi valde notanter, secundum hoc §. Iste in hoc non corrigitur, ita debetis intelligere. Idem tenet Paol. de Cast. in d. Auth. Post fratres, la 2. Alexand. de Imol. in d. §. Legitimo, in addit. ad Bart. cum multis concordan. Idem Castrensis pulcherrime in Consil. 164. vbi subiungit in fine, licet rationes possint fieri in contrarium per similitudinem, vel maioritatem rationis, ad omnes tamen potest responderi, quod ratio vitandæ correctionis veterum legum tollit contrarium, *per ea quæ habentur in cap. de Arg. de Reg. iur.* Idem etiam expresse vult Bald. in d. Authen. Cessante, per tex. ibi, vbi dicitur. Et not. per istam Auth. quod vlteriores post fratres & filios eorum succedunt per se, & ideo non consideratur persona eius, à quo descendunt, sed tantum ipsę personæ succedentes veniunt in capita, secus in præcedentibus, vbi consideratur persona eius, à quo descendunt: Et est necesse, quod eius vice fungantur: & ideo veniunt in stirpes, Ecce Bald. clarissime volentem, d. Aut. Cessante, non habere locum in vlterioribus collateralib. Ex quibus plus infertur, quod si hoc non esset iure decisum, tamen adhuc secundum illam opinionem communem in facti contingentia cõsulere, pronunciari & iudicari deberet, cum communi opinione & iudicando & consulendo recedendum sit. *c. 1. de summa trini. & fide catho. in 6. Et est Theorica Inno. ab omnib. approbata in c. Ne innitaris, de consti.* Quanto magis hoc procedit, cum prædicta conclosio non solum de iure antiquo, *scilicet, in d. § Legit. cum simil.* sed etiã iure nouissimo Auth. *scilicet, d. §. Si vero*, aperte & clare probatur. Imo est decisio text. ibi concorrente omnium Doctorum sententia. Et sic inconuincibiliter concluditur, in causa appellationis non solum male, imo pessime pronunciatum fuisse, & cum notorium & manifestũ sit, quod in Iudicio Cameræ Illustriss. Principis D. I. Electoris B. &c. lites & causæ, potissimum hæreditariæ secũdũ Ius Cæsareum, siue ciuile semper decisæ sunt, & indies deciduntur, etsi in ciuitate S. vel aliis vrbibus Marchioni subiectis, ad informationem S. M. secundum eorum rusticum ius Iuri communi & rationabili, & iusto contrarium iudicatum fuerit, & ad suam Celsitudinem appellatum, huiusmodi sententiæ in secunda instantia retractantur: & de Iure Cæsareo cautum sit, quod pluralitas vinculorum vltra fratres, & eorundem filios non attendatur, sed sola proximitas gradus inspicitur. Sequitur, quod sint pariter ad eiusdem E. hæreditatem ab intestato, secundum numerum personarum, vocatæ: & quod per consequens male pronunciatum, & bene appellatum sit, &c.

THEMA CONSILII XC.

Quod non qualibet fama sit sufficiens ad inquirendam, vel inducendam purgationem.

SVM-

SVMMARIA.

1 *Fama orta à maleuolis, non est sufficiens ad inquisitionem, nec ad inducendam purgationem.*

2 *Confeßio contra se confeßi de maleficio contra alium facta, non valet.*

CONSILIVM XC.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: Quidam nobilis à quibusdam raptorib. de se confessis, & aliis quibusdam maleuolis fuit diffamatus, quasi criminis particeps. Et eius ratione quæritur, vtrum ex tali diffamatione possit contra illum inquiri purgatio iudici. Et respondetur, quod non.

Et prædicta breuiter probantur. Et primo clarum est, quod infamia, quę habet ortum à maleuolis, non est sufficiens, nec ad inquisitionem, nec ad inducendam purgationem. *c. Cum in iuuentute, cum ibi nota. de præsump.* Et pulchre Panor. in c. Qualiter & quando, *la 2 supra glos. in versi. à maleuolis*, de accusat. subiungens illud posse dici, quod vanæ voces populi non sint audiendæ. *Ita est pulcher text. in c. Qui. de elect.* Et pulchre Bart. in l. de minore. §. Tormenta. ff.

1 de quæst. vbi dicit: † Non curandum est de infamia, seu fama, quæ non processit ex probabilibus coniecturis. Itē propter suspicionem non debet induci purgatio, nisi sit tanta, quod inducat scandalum. *Ita probatur per opt. text. in c. Tua, in fi. ibi, sed si de clericis ipsis talis habeatur suspicio, vt ex ea scandalum inducatur, & c. de cohab. cler. & mulier.*

Nec obstat cap. Omnibus, 2. q. 4. vbi videtur probari, quod si Clericus est suspectus soli Episcopo, & talis suspicio sit probabilis, quod tunc Episcopus possit indicere Clerico purgationem Canonicam. Et quod idem sit, si quis sit suspectus alteri suo superiori, *secundum Inno. in c. Inter, de purg. Cano. Et Panor. in d. c. Qualiter & quando, in fin. d. gl. in ver. à maleuolis.* Quia contra N. nulla probabilis suspicio est orta, nec ex confessionibus dictorum maleficorum oriri potest, vt supra adductum est.

Nec obstat c. inter, de purg. Cano. vbi ponuntur tria, propter quę possit alicui induci purgatio, scilicet propter vulgatam infamiam, graue scandalum, & vehementem suspicionē: quia loquitur de vehementi suspicione, quæ non potest contra quem oriri à maleuolis. Et hoc ideo est in c. Inter, quia Clericus ibi erat vehementer suspectus Episcopo ex dictis testium, sed ex dictis malefactorum de se confessorum, non oritur etiam minima suspicio. Imo etiam propter infamiam ortam ab æmulis non est inducenda alicui purgatio, *per tex. singul. in c. Cum in iuuentute. Et ibi Panor. in 1. notab. de purg. Cano.*

2 Item & secundo † expediti iuris est, quod confessio de se confessi super maleficio, contra aliam facta, non valeat, *probatur per tex. ad literam in l. fi. in fi. Cod. de accus. c. 1. de confess.* Imo quando criminosus in casu, in quo potest de alio interrogari, confiteatur contra aliquem, de quo in specie non fuit rogatus, quia nulla præcessit præsumptio contra eundem, sicuti in præsentiarum, sed in genere solum interrogatus fuit, tum talis confessio penitus nihil præiudicat illi, contra quem est facta, ex quo nulla præcesserit contra eum præsumtio. Ita magistral. & multum not. no. Saly. in d. l. fi. in fin. Et probatur per gl. ibi, quę etiam exigit præsumptionem aliquam prius contra eū, contra quem quis interrogatur, debere procedere, quo scilicet casu, quoniā sumus in casu speciali, & excepto à Regula, quod criminosus de se confessus erat de alio contra quē prius erat, & præcesserat præsumptio maleficii, forsan tunc confessio criminosi non per se sola, sed coniuncta cum tali præsumpt. ne præcedenti induceret iudicium ad purgationē vel torturam. Sed in præsentiarum contra N. nulla vnquam præsumptio, nec minima quidem alicuius maleficij præcessit, propter quod etiam sæpe dicti malefactores non potuerunt de eo interrogari. Ergo sequitur, quod eorum cōfessio fuerit penitus nullius momēti.

THEMA CONSILII XCI.

De inæqualitate dotis & donationis ꝓpter nuptias, vtrū valeat, vel cōsuetudine induci possit.

SVMMARIA.

1 *Ante nuptias contractas potest interuenire disparitas in quantitate dotis & donationis propter nuptias, & etiam in pactis dotalibus.*

2 *Iure nouo debet seruari æqualitas per omnia, nisi aliud permittat consuetudo.*

CONSILIVM XCI.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: M. cum duceret in vxorem vetulam diuitem propter dotem, fecit cum ea certa quędam pacta dotalia, ita vt mulier daret in dotem tria millia flor. & ipsa ex donatione propter nuptias caperet tantum mille, quæ pacta ab initio inæqualia, postea etiam ipse maritus cupit facere inæqualiora, ita vt totum patrimonium mulieris sibi constituatur in dotem. Quæritur, vtrum valeant huiusmodi pacta, maxime post nuptias iam celebratas inita, saltem ratione consuetudinis. Et respondetur, quod non.

Quod prędicta sint vera, & iuri conformia, ex sequētibus breuiter patebit. Nam licet Inno. *in c. fina. de dona. inter vir. & vxor.* decidat, quod quamuis post nuptias contractas debeat esse æqualitas, nō solum inter dotē, & donationē propter nuptias, vt scilicet non sit maior quantitas dotis quam donationis propter nuptias, sed etiam in lucris ex pacto prouenientibus. §. *Hæc igitur, & est §. 1. in* 1 *Auth. de æqual. dot. col. 7. Et probatur etiam in d. c. fin. in fine*, † tamē ante nuptias contractas possit interuenire disparitas in quantitate dotis & donationis propter nuptias, & etiam in pactis dotalib. super lucris. l. Ex morte. C. de pac. conuen. quam dona. propter nup. & subiun. ibi ante finem, dicens post nup. autem hoc non licet, ne excogitaretur fraus contra prohibitionem factam de donatione inter virum & vxorem, *& sequitur Ange in d. l. Ex morte, in prin. 2. col. vers. dicit tamen Inno.* † Tamen veritas videtur in contrariū, 2 videlicet, quod hodie de nouissimo iure Authen. seruāda est omnino æqualitas in pactis lucrandis de dote & donatione propter nupt. scilicet, vt d. §. Hæc igitur, & ita expresse dicit ibi Ang. Perus. qui illum §. Legit. cum prin. ibi dicens: Ex isto prin. sumpta est Auth. æqualitas. C. de pact. conuen. & per hanc, & per illam corrigitur, quod habetur in l. Ex morte. §. fi. cum seq. C. eo. tit. & summat hoc modo: hodie, quantum ad pacta lucrorum, & ipsorum effectum, seruanda est omnino æqualitas propter inæqualitatem dotis & donationis propter nupt. & Salyc. in d. Authen. æqualitas, in hæc verba prorumpit: Hodie inter dotem & donationem propter nuptias, debet esse æqualitas, tam in constituendo, quā in eius augmento, quam etiam in pactis de lucrando, & ita expresse etiam decidit Panor. in d. Auth. æqualitas contra Inno. in d. c. fin. *mihi, in princip. 3. colum. versicul. vlt. quæritur.* vbi relata opinione Innocentii subiungit, sed iudicio meo text. videtur hodie de iure Authen. in Authen. æqualitas, eo. tit. de pact. conuen. quod dos & donatio debent esse æquales, & pacta de lucro dotis & donationis debent esse æqualia. *Idem decidit ante eos Bartol. magister legum, per d. §. Hæc igitur, & d. Authen. æqualitas, in princip. Authent. quod princip. legit. cum §. Hæc igitur.* Et licet gloss. in d. Authentic. æqualitas, dicat hodie ipsam per consuetudinem tolli, cum hodie vel nulla fiat donatio, vel alia forma, vel minor. Et

nor. Et dicit Bald. in Auth. Dos data. *in 2. col. post princip. vers. Sed statim opponitur*, quod ius illius Auth. scilicet dos. C. de dona. ante nup. disponentis, quod dos data mereatur donationem propter nuptias, coæqualem sibi in qualitate, & in quotitate, & in pactis, sit ablatum propter dissuetudinem; vbi scilicet est præscripta ista talis dissuetudo. Quia per tantum tempus, cuius contrarij memoria non existit in illo loco, non fuit seruata hæc Authen. quo casu non impeditur pactum lucrandæ dotis, licet nulla donatio fuerit constituta. Subiungens, quod secus est de iure communi. Et dicit expresse etiam Panor. in d. c. fin. in quantum gl. in d. Auth. dicit: quod illa Authentica est sublata hodie per consuetudinem, quia constituitur dos, & sæpe nulla donatio fit à viro. Sed subiungit: sed tu dic consuetudinem seruandam vbi viget, alias serua dispositionem huius Auth. addens, & tene eam menti, & dicit, quod in hac ciuitate ita seruetur, quod scilicet donatio propter nuptias sit eiusdem quantitatis cum dote. & hoc etiam sentit Bart. in d. ptin. in Authen. de æqualit. dotis, ibi, quære an illa æqualitas, iuncto eo quod dicit in d. Authen. æqualitas. Nam quærit Bart. in d. ptin. Quæro, an illa æqualitas hodie seruetur. Dic, vt in Authen. æqualitas, & in d. Auth. inquit, gl. dicit, quod de consuetudine non seruetur, sed subiungit, sed tamen nos vtimur. Et sic claret, quod in loco vbi cessat consuetudo, vel statutum, seruanda sit dispositio d. Auth. Imo glos. ibi aperte sentit etiam stante consuetudine, quod dos possit esse sine donatione propter nuptias; Tamen si vtrunque interuenniat, & fiant pacta de lucranda dote & donatione propter nuptias; quod in illis pactis de lucrando debeat seruari d. Auth. & ita omnimoda æqualitas, dum inquit ibi gl. si. ante finem, aut eam loquitur tantum, quando pacta lucrorum fiunt. Imo Inno. met, in d. c. fin. ad finem, subiungit: Hoc autem scias, quod nõ potest apponi pactum, per quod deterior fiat conditio mulieris, volentis iterũ nubere; siue fiat ante nuptias, siue post. ff. de pact. dotal. *l. 2. Cod. de pactis conuentis & c. l. Quamuis. ff. de donat. inter vir. & vxor. per totum*: Consuetudo aũt varia potest esse, in quantitate, & in lucris. Nec est verisimile, quod consuetudo, vel statutum sit in hac vrbe, quæ vel q admittat tantam inæqualitatẽ & excessum quantitatis in pactis lucrandæ dotis, vel donationis propter nuptias, cũ huiusmodi cõsuetudo esset plus q̃ irrationalis, & vt apparet, iniqua. Quare etiam non consuetudo, vel statutum possit dici, cum consuetudo debeat esse rationabilis. *c. fi. de consue.* Et ideo à contrario infertur, quod consuetudo ratione carens, non deroget iuri positiuo: & ratio est, quia consuetudo, cum sit quædam lex, debet habere rationem in se, alias non est lex, 4. *dist. c. Erit autem lex.* Si ergo amittit substantialia legis, non potest præiudicari legi. *Ita expresse dicit Panor. in d. c. fi. in 1. col. in vlt. notab. de consuet. &c.*

THEMA CONSILII XCII.

Vtrum consuetudine vel statuto induci possit, quod valeat testamentum coram tribus vel duobus testibus conditum.

SVMMARIA.

1 *Lex reprobans consuetudinem indefinite, intelligitur etiam reprobare futuram.*

2 *Solennitas iuris ciuilis in testamentis minui potest per consuetudinem, vel statutum.*

3 *Consuet. vnius progeniei potest mutare solennitatẽ numeri testiũ.*

4 *Consuetudo semel reprobata, de nouo potest induci ex causa noua, quæ tempore probationis non suberat.*

5 *Verbum, Perueniat, & verbum, Remaneat, potest trahi ad obliquam institutionem, vel substitutionem.*

6 *Verba pleno iure adiecta verbo, Perueniat, important substitutionem directam.*

7 *Assignatio portionum, licet non apponatur: hæres esto, habet vim institutionis.*

8 *Si dubitatur cui extremorum dispositio debeat applicari, applicatur digniori.*

9 *Laborans in extremis, & habens iam linguam ingrossatam, & balbutientem, potest condere testamentum.*

CONSILIVM XCII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Casus talis est: S. C. constitutus iam in articulo mortis, sanæ tamen mentis, condidit suum testamentum, secundum consuetudinem vrbis A. corã duobus testibus. Inde quæritur, vtrum omissis solennitatibus Iuris ciuilis, valere possit. Deinde, quia non est vsus verbis præcisis, nominatim scilicet instituendo hæredes, sed diuisit assem hæreditatis cum nominibus: hæc pars perueniat ad illum, vel remaneat apud illum, dubitatur an intelligatur instituisse hæredem directo, ita quod hæreditas possit adiri ex testamento. Et respondetur, quod sic.

Supradicta, omissis omnibus superfluis, breuiter ordine suo ostenduntur. Et primo, licet disputabilis articulus sit, an scilicet consuetudine, vel statuto induci possit, quod valeat testamentum coram tribus vel duobus testibus tantum factum, & ita diminuens solennitatem numeri testium, & quod multi dd. post Iacob. de Are. tenuerint, quod non valeat talis consuetudo, *& præsertim Ioan. de Imo. & Io. And. in addit. Spe. in tit. de inst. edi. §. Compendiose. ver. Sed nunquid consuetudo, cum seq. in l. Testa. in prin. ff. de test.* Et quamuis pro ista opinione multa adducantur per dd. *in d. l. Testam. & in l. fi. in l. Si non speciali C. de test. in l. 1. C. de sum. trin. & fide catho. C. nonistas in d. c. 2. de prob.* tamen principaliter pro ea facere videtur ratio, quare scilicet inducta sit solennitas numeri septem testium, vt scilicet falsitas in instrumento euitetur. *l. fin. C. de fideic. l. Iubemus. C. de testa.* & per cõsequens, nõ valet talis consuetudo, vel statutum ex parte de consue. Item & secundo fortiter videtur stringere text. pro illa opinione, scilicet in l. fi. C. de testa. quæ à dd. variis modis, & præsertim in d. l. 1. ad hoc inducitur. *& ibi etiam late D. Ias. in repet. circa finem 16. colum. vers. Tertia principalis quæstio est, cum seq. Alex. de Imo. in d. l. Si non speciali.* & vno modo sic inducitur per d. l. fin. reprobatur consuetudo diminuens numerum septem testium in testamentis, nisi in rusticis, quibus confirmatur consuetudo, quod corã quinque testibus testari possunt, non tamen simpliciter, sed in illis locis, quibus non potest haberi copia personarũ, † sed lex reprobans consuetudinem nedum præteritam, 1 sed etiam futuram, intelligitur reprobare, *Arg. l. Si seruitus. ff. de ser. vrba. prædio. & patet ex notab. doctr. Bart & dd. in l. Si mihi, & tibi. §. Lucius. ff de legat. 1. Cy. & Bald. in l. 2. Cod. Quæ sit long. consue.* Item d. l. fin. etiam ita inducitur, & D. Alexan. de Imo. in d. l. Si non speciali, quod illa est magis communis opinio, scilicet, quod lex reprobans consuetudinem indefinite, intelligitur etiam reprobare futuram, & vbi cõsuetudo futura est reprobata, non valet consuetudo cõtraria, *Auth. Nauigia. C. de furtis. l. Eos. C. de vsur. Bar. & Legist. in l. de quibus. ff. de leg.* Item dd. inducunt tex. in d. l. fin. etiam aliter, hoc scilicet modo. Nam tex. Minus autem nullo modo concedamus, per illa autem verba, Nullo modo, videtur prohibita omnis dispensatiõ, in contrariũ ab inferiore ab Imperatore, & ita impediunt omnem consuetudinem, vel statutum in contrarium. Huiusmodi enim verba habẽt clausulam derogatoriam expresse, *secundũ gl. repu. sing. in Cle. vt hi qui in verbo concedamus, de æta. & qual. ord.*

& si c

& sic liquido videtur, in d. l. fin. prædictis verbis probari, quod nullo modo possit induci consuetudo vel statutũ, diminuens numerum testium in testamentis, & ita, quod valeat testamentum coram duobus vel tribus, prout est consuetudo Venetiarum, & illa est subtilis, & originalis inductio Alexan. de Imol. in d. l. Si non speciali. Et D. Ias. pro hac inductione, in d. l. 1. in fine 16 col. dicit, & tanto magis cum lex semper loquatur & sit in viridi obseruantia. *l. Arria. C. de hæreticis.* Pro ea Ioan. de Imo. in d. l. Testamenti, inducit etiam valde subtiliter d. l. fin. hoc scilicet modo. Nam in d. l. fi. dicitur absolute & indistincte, quod in omnibus ciuitatib. & castris Romano Imperio subiectis, vbi habetur copia peritorum, vult seruari legem loquentem de solennitate testamenti. Et postea aduersando dicit: in aliis vero locis, in quibus copia peritorum non habetur, seruetur consuetudo, dum tamen quinq; testes adsint. Vt ergo bene aduersetur præcedentibus, illa dictio scilicet vero, l. Si vero. ff. Qui satisd. cog. necessario videtur inferri, quod in aliis locis, in quibus text. potius loquitur, illa consuetudo reprobatur. Tamen prædictis, & omnibus aliis à Doct. pro illa opinione adductis non obstantibus, contraria opinio, videlicet, quod valeat consuetudo, vel statutum diminuens solennitatem numeri testium in testamentis, & ita quod testamentum coram duobus vel trib. testibus valeat, est verior, & communior, *quam tenent in specie Cy. Bar. Bald. Saly. Fulg. in d. l. 1. alias, Cunctos populos, & Bart. ibi in 6. col in fin. vers. Tertio quæro, quid in testamento, cum sequen. & ibi loquitur etiam in specie de præall. consuetudine Venetiarum, Bartol. Bald. Salyc. Alexand. de Imol. in d. l. Si non speciali. Ange. Paul. de Castr. in d. l. Testa. D. Ias. in d. l. 1. cum concord. ibi per eum adductis.*

Et pro ista communi opinione Bart. & dd. allegatur l. tex. in l. 2. C. Quemad. testa. aperian. hoc modo inducendo ad hoc, vt valeat testamentum in scriptis, requiritur
2 publicatio *l. Publicati. C. de testament.* & † tamen huiusmodi solennitas publicandi statuto vel consuetudine minui & immutari potest. *d. l. 2.* Et sic patet solennitatem Iuris ciuilis in testamentis minui posse, sed solennitas numeri septem testium, est inducta iure ciuili. *l. Hac consultissima, cum similibus. C. de testament.* Ergo statuto vel consuetudine minui potest, sicut publicatio testamenti. Item pater potest inter liberos suos testari coram duobus testibus. *d. l. Hac consultissima. §. Ex imperfecto, & l. fin. C. Famil. hercisc.* Ergo ita etiam potest patria disponere circa subiectos, cum eius potestas æquipararetur potestati patris *l. Veluti. ff. de iust. & iur. &c.* Item tex. in d. l. Si non speciali, in verbo, Patriæ tuæ, & ita quod solennitas à Iure ciuili inducta, quæ appellatur legum diligentia. *l. Codicillis. §. fin. ibi, & mun. diligentiam, iunct. gl. ibi, quæ dicit, id est solennitatem. ff. de lega. 2.* possit statuto immutari, sed non illa, quæ est introducta de iure gentium, vel diuino, quæ est, quod in ore duorum vel trium stet omne verum, quia est immutabilis, ideo non valeret statutum disponens, quod testamentum valeret cum vno teste, quia sunt immutabilia prædicta Iura, *vt Instit. de iure natura. gent. vel ciuil §. Sed naturalia. Ita eleganter dicit Ang. Perus. in d. l. Testamenti, & idem tenent ibi Inno. Paul. de*
3 *Castr. & Raph. Cuma.* Imo etiam † consuetudo vnius progeniei potest mutare solennitatem numeri testium. *Ita ponit Ioan. Andr. in add. Specul. in d. tit. de instrum. edi. §. Compendiose, ver. Sed nunquid, in add. parua Vberti de Bobio.* vnde Angel. in d. l. 3. post princ. inquit: Quod si in familia nobilium de Vbaldinis, aut alia familia ciuitatis Bono. esset consuetudo certa, vel cum certa solennitate, illa obseruanda esset. Subiungit tene menti, quia alium doctorem non memini me legisse, qui hoc ponat. *Et illud dictum postea referunt Io. de Imo. in d. l. 3. Alexan. de Imo. in d. l. Si non speciali, in 4. col. vers. & an illud. Et addit etiam Bart. in d. l. 1.* Quia non repetitur prohibitum facere tale statutum. Ergo videtur permissum. *l. l. Omnes populi. ff. de iust. & iur.* & illud fundamentum apud me multum stringit, sed hic latius non est insistendum, cum illa, vt tactum est, sit communis sententia, quam etiam tenet Felin. not. in d. c. 2. & Philip. De. vbi etiam dicit, quod ista opinio sit verissima, & profecto nihil, quod sit notatu dignum, videtur ei obstare, nisi d. l. fin. tamen Bar. & alii multipliciter ad eam respondent in præalleg. locis, vt ibi per eos. Tamen verior & formatior solutio est, etiam posito pro vero, quod lex simpliciter reprobans cõsuetudinem, videatur etiam reprobare futuram, vt dicatur, quod in d. l. fin. C. de test. nulla penitus consuetudo reprobetur, sed quod tantum consuetudo rusticorum limitetur, & hoc aperte innuit ibi tex. scilicet, quod nulla consuetudo reprobetur, lex enim generaliter dicit: Sancimus itaque in omnibus ciuitatibus, & in castris vrbis Romanæ, vbi & leges nostræ manifestæ sunt, & literarum viget scientia, omnia quæ in libris nostrorum digestorum, seu Institutionum, & imperialibus sanctionibus; nostrisque dispositionibus in condendis testamentis, cauta sunt, obseruari. Et sequitur in litera: Nullamq; ex præsenti lege fieri innouationem. Ergo sequitur clare, quod ibi non reprobetur consuetudo diminuens solennitatem numeri testium, quo alias per illam legem induceretur innouatio, cum per eam derogaretur consuetudini in contrarium, quod ante illam legem, & ita prius non erat, cautum est, quod est expresse contra tex. ibi, dũ vniuersaliter dicit: Nullamq; ex præsenti lege fieri innouationem. *Et illam solutionem aperte sentit D. Ias. in d. repet. l. 1. in 17. col. ver. Tenendo communem opinionem, quam solutionem latius prosequitur Philip. Dec. in d. c. 2. in 11. col in vers. Sed tunc aduertendũ est, cum prin. sequen. licet D. Ias. nullam faciat mentionem.* Et prosequitur etiam ibi Phil. latius inter cætera, quod ibi non sit in consuetudine, sed quod ex facti cõtingentia illud inducatur, cum rustici etiam absq; alia consuetudine poterant testari cum quinq; testib. in locis vbi copia personarum non reperitur, & patet per ratione tex. ibi in proposito, quia rustici non possunt tantã solennitatẽ adhibere, itẽ tex. ibi intendit solennitatem requisitam in testamẽtis, ipsis rusticis relaxare, cum dicat in prin. semper rusticitati cõsultum est, item ibi ad Dei humani respicientes, duximus eorum simplicitati subuenire, cum aliis similibus verbis ibi positis, ex quibus colligitur ratio finalis d. l. fi. & ibi Bar. ff. de hæred. institu. Ergo videtur relaxatio facta in rusticis absq; alia consuetudine, quia si debeat attendi consuetudo, non esset relaxata solennitas, imo auferretur, quia cum minori numero 5. testium non valeret consuetudo, & sic esset derogatum consuetudini, ꝙ prius non erat: & addit Phil. dicens: & hoc idem confirmatur, quia relaxatio ibi rusticis fit respectu obseruationis, quæ simpliciter debeat ab alijs seruari, ergo relaxatio simpliciter intelligitur facta absque alia consideratione consuetudinis. Nec obstat secundum eum, quod ibi approbata sit consuetudo rusticorum, quæ non valeret; quia dato, quod ita sit, per hoc non inducatur clausula derogatoria in alijs, qui habent potestatem inducendi consuetudinem. Per hoc etiam patet responsum ad inductionẽ d. l. fi. in vers. In aliis vero locis, &c. quia retenta ista opinione, quæ verissima videtur, apparet, quod in alijs non reprobatur consuetudo & aduersatiua, quæ multũ operatur, erit simpliciter respectu Iuris cõmunis, quia in rusticis solennitas Iuris communis remittitur, quæ ab alijs obseruari debet, nam respectu consuetudinis tex. in d. ver. In alijs, aduersari non potest, quia ibi prius nihil dictum fuit de consuetudine, & natura aduersatiuæ est, quod

quod respiciat ea quæ præcedunt, & duntaxat respectu præcedentium consideratur, *vt inquit Aret. in d. l. Testamenti alias ff. de testa.* & sic patet etiam responsum ad d. l. fina. in versic. Minus autem nullo modo concedimus. Quia verum est, quod prohibitio est præcisa, attēto iure communi, quod non relaxatur nisi rusticis, *vt ibi Dominus Iaf. in d. repet. l. 1. in prin. 18. col. ponit aliam solutionem ad d. l. fina. in prædictis. quam referre non est opus.* Per quæ optime videtur desēsata solutio Bart. data ad d. l. fin. in d. l. 1. in præalleg. versic: Tertio quæro, licet à multis mordeatur, scilicet, quod ibi non prohibetur consuetudo futura. Imo si teneremus, quod d. l. fina. haberet clausulam derogatoriam ad contrariam consuetudinem, quod tamen ex noua causa, tunc non subsistente, posset induci statuto, quod testamentum valeat coram duobus testibus. Ita pulchre decidit Panorm. declarando illud in d. c. 2. *in penult. col. versic. Nunc infero, quo ad aliam quæstionem specialem*, & in c. fina. *ante finem, versic. Aut est contra vtilitatem*, vbi post gloss. in verbo, Statutum, de elect. dicit: † Quod si consuetudo sit semel
4 iure reprobata, quod tamen si subsit ratio noua, quæ non suberat tempore legis reprobantis cōsuetudinem, quod tunc de nouo induci potuerit. Per quæ infert Felin. in d. c. 2. versic. Est verum, quod si post legem derogatoriam consuetudini, &c.

Et sic vult, quod consuetudo inducta per l. fin. intelligatur ex noua causa introducta, ideo valet. Et licet ad primam rationem falsitatis euitandæ in testamētis multipliciter respondetur, tamen pro nunc sufficit illa, quam ponit Dominus Iaf. in d. repe. l. 1. *in prin. 17. col. vers. Ad hoc solebam &c.* vbi inquit: Mihi placet illa elegans solutio, quæ colligitur ex verbis notab. Bart. in alio proposito, *in 13. col. est mihi, in 15. vers. Ad contrarium respondeo, nam aliud est, &c.* vbi inquit: Quod statuentes qui statuunt, quod in testamento duo testes sufficiant, non statuerunt, vt inducerent falsitatem, nec vt præbeant materiam falsitati, sed eo quod confidebant de fide, & legalitate ciuium suorū, & in statuentib. præsumendum est, quod iusta causa ita statuerint. Et ab ista communi opinione nec consulendo, nec iudicando recedendum est, per vulgata. Potissimum etiam, quod huiusmodi statutum, vel cōsuetudo, *secundum Bar. in d. repet. l. 1. in fi. præal. vers.* sit vtilis, bona, & fauorabilis, tam ratione testantis, sicut iura statuunt in militantibus, quam etiam ratione eorum, quibus relinquitur, sicut iura faciunt inter liberos etiam ratione testium, ne à suis negociis auocentur. Et ideo Angel. in Consilio 230. *incipienti: In prædicta posito pro constanti, in 2. col.* ait quod ita practicetur in Iudiciis & scholis. Et per ista breuiter patet, quod virtute præfati statuti, seu iuris municipalis oppidi A. valeat testamentum conditum coram duobus testibus.

5 Item † expeditiuris est, quod verba posita in præfata vltima voluntate Seb. Ca. in 3. Articulo, **nachfolgen vnd bleiben**/ & quod perueniat, & remaneat, sint communia, & ita ad directam, & obliquam institutionem, vel substitutionem trahere possint. Nam quod verbum, perueniat, reperiatur in obliquo significato & directo, probatur per multas ll. quas ad hoc alleg. Bart. in l. Centurio, *mihi in fine penult. col. vers. Modo his regulis præmissis, cum princ. sequ.* ff. de vulg. & pupil. substit. quod sit obliquum; patet per tex. in l. Fideicommissa. §. Hæc verba. ff. de lega. 3. vbi testator in testamento inter cętera ita disposuit: Fili, rogo vt prædia, quæ ad te peruenerint, pro tua diligentia dirigis, & curam eorum agas, vt possint ad filios tuos peruenire. Decidit ibi tex. quod hęc verba contineant vim fideicommissi, vt post mortem eius pertineant ad nepotes testatoris, demum post mortem patris eorum, *& similiter Bart. d. §. Hoc modo, verbum peruenire, ibi, iuncto verbo in fideicommiss. l. Hæredes mei. §. Cum ita, vt patet in verbo, Peruenire, ibi, iuncto verbo in fideicommisso l. Hæredibus. § fin. ff. ad Trebel.* Quod autem sit directum, probatur per text. in l. 1. §. Peruenisse. ff. de hæred. vendic. d. l. Hæredes mei, in princ. Ideo Bart. per prædictas ll. & alias ibi adductas concludit, quod verbum, Perueniat, sit commune ad directum & obliquum. *Bald. in l. fina. in penult. colum. versi. Item est verbum commune. C. de sacrosanct. Eccles. Ioann. de Imo. in cap. Raynutius, in columm. 106. in versi. Et primo de verbo, Perueniat, de testament.* & hoc per rationem Bart. cum reperiatur interdum in sensu obliquo & directo, & ideo, quia in vtroque sensu reperitur, potest dici commune. Item & secundo, quia non sonat pręcise, vt quis de manu alterius capiat. *Et ita tenent communiter Doct. post Bart. in d. l. Centurio*, & ad hoc quod verbum, Perueniat, sit commune ad directum & obliquum sensum, est text. in l. Hæreditatis, vel legati, seu fideicommissi aut donationis titulo, domus, aut annonæ ciuiles, aut quælibet ædificia, aut mancipia ad ius inclytæ vrbis vel alterius cuiuslibet ciuitatis peruenire possunt, & ibi expresse Bart. notat illum text. ad hoc, dicēs: Nota quod hæc dictio, peruenire, refertur siue perueniat iure directo, siue iure fideicommissi, siue titulo fideicommissi vniuersalis, vel singularis. *& illum text. ad hoc ponderat Dominus Iaf. in d. l. Centurio, post Bart. colum. 18. in versicul. Postmodum quærit Bart. & Canonistæ in cap. Si pater, de testament. in 6. licet Innoc. in cap. Raynaldus, teneat, quod sit directum, tamen illa est communis opinio, quod sit commune, & vera*, & ex supradictis claret, & idem est in verbo; Deueniat, secundum Doct. in præalleg. locis, quod tamen Bald. in d. l. fin. in præalleg. vers. notan. limitat, nisi scilicet ad verbum perueniat, apponeretur dictio, eo ipso:

Nam si testator diceret: Si filius meus sine hærede decesserit, eo ipso bona perueniant ad Titium, vel deueniant, tunc illud verbum commune, ex isto adiuncto efficeretur directum, quia exponitur eo ipso, id est, sine aliquo hæredis obstaculo, vel adminiculo, *& ita exponit Arch. in c. Eum qui, de præbend. in 6. & in cap. 1. alias fin. de sepultu. eod. lib.* Item & secundo, quando verbum libere adiicitur verbo; Perueniat, facit, quod sit directum. *Ita Bart. dicit, in d. l. Centurio, in 3. quæst. prin.*

Idem † iudicatur, quod pleno iure perueniat, vel deueniat, quia intelligitur scilicet directe, & ideo vbi hoc verbum, pleno iure, in materia substitutionis apponitur, intelligitur de directa, *secundum Bald. in Authen. Hoc ius. C. de sacrosanct. Eccles. per tex. ibi. in vers. pleno iure, & dicit hoc tenere Bart. in materia substitutionis compendiosæ, & voluit ponderare Bar. in d. l. Centurio, in 3. quæst. princ. dum dicit totum vel integrum*, & allegat etiam ad hoc Bald. text. in l. Iulian. §. fin. dum dicit, incipit plenum ius habere. ff. de rei vend. & exponit ibi gloss. plenum ius, id est, directum dominium. Et hoc infert ibi Angel. ad decisionem quęstionis de facto, quia testator substituit, & iussit, quod volebat pleno iure bona sua peruenire ad talem: nam illud verbum, pleno iure importat, quod substituerit directo, non per fideicommissum, per quod non acquiritur dominium vtile, &c. Et valde notanter Angel. in Consil. 125. *incipienti: Hic est testamentum Petri quondam & Bartol. in vlt. colum. versicul. Nunc igitur redeundo ad propositum*, vbi plura ad hoc adducit. hanc limitationem refert & sequitur not. Dominus Iaf. in d. l. Centurio, in 29. col. ibi per eum citatis, subiungens: Et sic habes tu tres bonas limitationes ad verbum perueniat, & quod istæ tres limitationes seruiant non solum ad illud primum verbum commune, scilicet; Perueniat, sed etiam ad sequentia, siue ad alia verba cōmunia. Item verbum **Bleiben**/ & ita remaneat, est commune 6

secun-

secundum Bar. in d. l. Centurio, in prin. col. vers. quarto dubitatur, & sequuntur dd. Et de hoc est tex. in l. Tale pactum. §. si. cum gloss. in verbo, Remaneat. ff. de pact. & ibi expresse vult Bart.

Præterea licet quando verbum commune adiicitur certæ rei vel quantitati bonorum, non importet fideicommissum, nec institutionem, nec substitutionem, etiam alio non instituto, nec substituto. l. Cogi. §. & generaliter, & ibi Dyn. ad Trebell. Et sequuntur Bart. & Legistæ, & dicit Bart. ibi hoc probari in Authen. vt cum de appel. cognoscitur, §. Aliud, vbi non sufficit filio relinqui quoquo relicti titulo, sed iure institutionis. Et sic apparet, quod verbum relinquo, quod est commune, adiectum certæ rei vel quantitati, non intelligitur iure institutionis, nisi exprimatur, imo nulla differentia est in relictis singularib. an opponantur verba directa vel obliqua. l. Omne verbum. C. Commu. de lega. instit. in prin. de sing. reb. fideicom. relictis, nisi expresse adiiciantur illa verba: talis sit hæres in tali re. l. 1. §. Si ex fundo, vbi dicitur, si ex fundo fuisset aliquis solus hæres institutus, valet institutio, detracta fundi mentione. ff. de hæred. institu. Bart. in d. l. Centurio, in princ. 4. col. vers. Quod si testator substituit aliquem, & in 10. colum. versic. Quæro vlterius, quid si substitutio compendiosa, ibi, dico quod verbum commune, vbi etiam expresse inquit: Verbum commune adiectum certæ rei, vel quantitati, nunquam trahitur ad institutioné, vt l. Cogi. § Et generaliter. & hoc notat ibi ad quæst. & ibi Legistæ. ff. ad Trebell. tamen verbum commune adiectum vniuersitati, vel quottæ bonorum, trahitur ad directam institutionem, quando nullus alius hæres vniuersalis est in testamento institutus. l. His verbis, in prin. iuncta gl. & ibi Bart. Bald. Angel. & Legistæ. ff. de hæred. instituend. glos. in §. Si vero nullo, super verbo, relictis, in Authen. de hæred. & Falcid. colla. 1. Bene facit text. in l. Diuus Traianus, in versic. Cæterum vt plerunque, in quantum ibi text. æquiparat illa verba: facio te hæredem. Item relinquo tibi bona mea. Imo de hoc est casus in terminis, in d. cap. Rainucius, vbi reliquit cætera bona sua, quem text. ad hoc ibi notat Panorm. in 2. notab. Et eundem text. etiam ad hoc multum notat Philip. Fran. in d. c. Si pater, ante finem 26. colum. & Anthon. de Butri in d. c. Rainucius, dicit ibi esse, si adiiciatur vniuersitati patris bonorum, & hoc est sine dubio, verum si testator diuiserit omnia bona sua per quottas, vt quia dixit: Relinquo Titio dimidiam bonorum meorum, aliam dimidiã relinquo Seio, nam tunc illi intelliguntur vtiliter instituti, per id quod habetur in l. Quid ergo. ff. de lega. 1. & in l. Quotiens. C. Famil. hercifcun. & ita pulchre declarat Ioan. de Imol. in d. cap. Rainucius, ad fin. 2. col. versic. nota quod verbum relinquo, cum principio sequentis, & Bart. in d. l. Centurio, 9. colum. versic. Quæro vlterius, decidit, quod substitutio compendiosa facta per verbum commune, etiam in certa portione, sub nomine quottæ tamen, quod trahatur ad directum, si testator diuiserit totam hæreditatem per quottam in plures personas, quia est perinde, ac si vnum tantum in totum substituisset.

7 Nam † assignatio portionum, licet non apponatur: hæres esto, habet vim institutionis. l. 1. §. Diuus autem Pius. ff. de hæredibus instituendis. & pro prædictis bene facit, quod substitutio compendiosa facta à filio impuberi per verbum commune, infra pupillarem ætatem, valeat iure directo pupillaris substitutionis, etiam matre existente in medio, & ideo post pupillarem ætatem trahitur in fideicommissariam, ex quo puberi post aditam hæreditatem directo substitui non possit. l. Post aditam. C. de impub. & ali. substit. ita tenet gloss. in §. Qua ratione. Institu. de pupill. substitu. & sequitur Cyn. post nonnullos antiquos, in l. Precibus. Et ita dicit se consuluisse, & ibi. Saly. C. de impub. & al. substitutio. Angel. Rapha. Inno. Paul. de Castr. Alexand. de Imo. in d. l. Centurio. & dicit ibi Paul. de Castr. ita tenere Moder. & se ita sæpius consuluisse Cardinalis. Imo. in d. c. Rainucius, de testamen. & dicit Imo. etiam se ita consuluisse, & quod ita tenuerit Franc. de Rampo præceptor suus Ioan. Andreæ, in c. Si pater, de testamentis. in 6. & sic illa est communis opinio, pro qua multa adducuntur, quę hic referre superfluum esset, scilicet d. c. Si pater, tamen vnũ non omitto, ꝙ pro ea adducitur, nam † quando dubitatur cui extremorũ dispositio debeat applicari, quod applicetur digniori. l. fin. ff. de 8 fide instru vbi dicitur: Si de tabulis testamenti agatur deponendis, & dubitetur cui eas deponi oporteat, semper seniorem iuniori, & amplioris fortunæ inferiori, & marem fœminæ, & ingenuum libertino pręferemus. l. Quod per manus, ff. de iure Codicillorum. sed substitutio directa est dignior obliqua, militi enim in priuilegium concessum est, quod possit directa substituere. Et hanc sententiam tenet in effectu Bart. in d. l. Centurio. Omnis enim substitutio dubia interpretatur directa. per tex. ad literam in d. c. Si pater, vbi dicitur, quod præmissæ substitutiones, de quibus in princip. factæ de filio ad filiam, & econtra, & de illis ad pauperes directo debent intelligi pupillares, & assignat Papa ibi rationem, dicens: cum in substitutionibus semper sit interpretatio facienda (dummodo, sicut in casu proposito, eorum verbis & personis conueniat institutus) vt substitutio directa intelligatur potius quam obliqua &c.

Item, dato, quod verbum esset directum ibi, tamen prædicta ratio pro hoc stringit, quod scilicet substitutio in dubio interpretetur directa, & non obliqua, seu fideicommissaria. Idem expresse dicit Bald. quod substitutio in dubio intelligatur directà. in l. Si quis ita arg. illius notab. d. l. ff. de vsufruct. Imo verba testamenti sunt impropriãda ad hoc vt testamentum valeat. Ita probatur per tex. in c. Raynaldus, iuncta gloss. in verbo, Legauit ibi impropriè; Nam si ibi verbum lego staret proprie, quo ad patruum & filios, testamentum non valuisset, d. gloss. notat ibi Panorm. in princ. 6. colum. ad hoc singularem, & gloss. notab. & approbata in l. Quotiens. C. famil. hercifcund. vult quãdo testator distribuit, vel assignat bona sua sub nomine quottæ, quod intelligitur eos instituisse hæredes, quia non omnis testator scit dicere: instituo hæredes, sed sufficit, quod verba illius possint importare hæredis institutionem.

Et subiungit ibi Bal. quod sit notatu dignum. Ex quibus omnibus iam clare infertur, quod cum in præsentiarum Seba. C. incola oppidi A. condiderit suum testamentum secundum formam præscriptam à iure municipali eiusdem oppidi, & consuetudinibus, & statutis locorum, & ciuitatum induci possit, vt solennitates in testamentis à iure ciuili inductæ, & requisitæ, vt numeri septẽ testium.

Item publicationis testamentorum, item subscriptionis testium, & sigillorum, &c. diminui possit, pro tanto, quod testamentum factum secundum formam, & solennitatem à statuto, vel consuetudine inductam in loco vbi sunt, valeat & teneat, non minus quam si fuerit factum interuenientib. solennitatibus à iure communi requisitis ad solenne testamentum in scriptis, vel nuncupatiuum, cum huiusmodi statuta vel consuetudines approbentur à iure communi. l. Omnes populi, cum sui materia. ff. de iustitia & iure. de quib. ff. de legibus. §. Ex non scripto, Institu. de iur. nat. gent. vel ciu. Et iura mandant iudicare secundum consuetudines, & statuta locorum. c. Tertio, de eo qui mitt. in poss. caus. rei seru. c. Illa. 12. disti. l. An in totum. C. de ædificiis priuatis. Et verbum commune adiectum vniuersitati, vel quottæ bonorum, vel assi-

vel assignatio portionum per quottas in plures personas in testamento solenni, secundum scilicet dispositionem Iuris communis, vel municipalis, seu statuti, vel consuetudinis loci importat directam institutionem hæredis, &c. & in prædictu testamento secundum dispositionem & formam statoti; seu iutis municipalis insignis vrbis A. duo verba communia, vt ostensum est, scilicet vetbom, **Nachfolgen**/& sic verbum, deneniat, vel perueniat. Item verbum, **bleiben**/& sic verbum, remaneat, quę quidem sunt verba cōmunia, si sint adiecta vniuersitati, & quottę bonorum testatoris, & assignatio portionum per quottas in plures personas à testatore in eo facta, & nullus alius hæres vniuersalis in eo institutus sit, vt luculenter & euidenter patet ex tertio Articulo huiusmodi sui testamenti. Imo dno verba prædicta videntur directa in præsentiarum, cum testator voluerit quod omnia bona sua, exceptis 8000. vxori suæ legatis pleno iure & libere peruenirent ad hæredes suos institotos, & ita quod integra apud eos remaneant, vt clare innuuot verba testamenti in præfato articulo, ita sonantia: **Zum dritten soll das ander sein hinderlassen Gut/was vber die acht tausent Güldē vorhanden/rc.** Et sequitur in fine: **Ohne menigliches verhinderunge nachfolgen vnd bleiben.** Quo quidē casu verbū Peruenit, & alia verba cōmunia sunt directa, vt supra probatum est. Et faciunt not. per Bart. in d. l. Centorio, *in 8. col. vers. Quid enim si dicit testator, quod substitutus capiat sua autoritate*, ibi dum inquit: Quid si testator dixit: Quandocunque filius meus decesserit, volo hæreditatem meam totam & integram ad talem peruenire, &c. Item ibi, vel quid, si dicat omnia bona mea volo ad talem peruenire, &c. Itē ibi, dum inquit, vel dicit, perueniat sine aliqua diminutione, quod sępe nominatum testamentum S. C. de iure sit validum & firmum, & quod hæreditas eius hæredibus ab eo in eiuscemodi testamento institutis, scilicet **den E** & aliis ex testamento delata sit, exclusis venientibus ab intestato, quum causa testati præferatur causæ intestati. l. Quamdiu, la 2. vbi dicitur: Quamdiu ex testamento potest adiri hæreditas, ab intestato non defertur. ff. de acquirenda hæreditate. l. Antequam, vbi dicitur: Antequam scriptus hæres cuiuscunq; portionis capax repudiet hæreditatem, vel alia ratione quærendi facultatem amittat ei qui testamentum reliquit ab intestato, nemo succedit, &c. C. Communia, de successionibus. *concordat l. Quamdiu. ff. de regul. iur. cum concordantiis in gl. adductis.* Nec prædictis hæredibus institutis obstat, quod non omnes solennitates à iure ciuili ad testamentum in scriptis vel nuncupatiuum, scilicet numeri testium subscriptionis, &c. in tali testamento in effectu in scriptis condito; secundum formam sæpe præfati iuris municipalis, & vsus seu obseruantiæ vrbis A. & à testatore & duobus testamentariis sigillato, interuenerunt, cum tales solennitates iuris communis à statuto vel consuetudine tolli possunt, vt probatum est, maxime cum obseruata forma sæpenominati statuti à testatore penitus nullus timor falsitatis subsit, quod potissimum vendicat sibi locum in præsentiarum, ex quo eo tempore & vno contextu testator habuerit scripturam testamenti sui, secundum formā Iuris municipalis conditi, & dixerit coram Notario & testibus ad hoc specialiter vocatis & rogatis, vt patet ex tenore instrumenti desuper in Authentica & publica forma confecti, quod in huiusmodi scriptura siue charta contineatur sua vltima voluntas & testamentum. Nec obstat, quod testator eadem die, qua condiderit præfatum suum testamentum, & vltimum eloquium, decesserit, cum tempore & hora conditi testamenti, vt ex instrumento & testium depositionibus, fuerit compos rationis, & mentis integræ & perfectæ, nec habuerit linguam balbutientem, vel ingrossatam, vt per Bartolum per tex. ad literam, in l. Quo indignum, ibi, nec necessaria sint momenta verborum, quæ forte semineces & balbutiens lingua profudit. C. de testamentis, & sic est ibi casus singularis secundum Angel. & Modernos, † quod 9 laborans in extremis, etiamsi habuerit linguam ingrossatam, ita quod incipiat balbutire; tamen potest facere testamentum, & quod Notarius possit libere scribere, si tamen sit sanæ mentis. *& Bald. ibi ad hoc etiam allegat textum in l. Pamphilo. §. Propositum. vers. Discrimine vitæ, per infirmitatem. ff. de legatis 3. in l. fina. pater. §. fina. ff. de fideicommissariis liberta. quas & etiam Dom. Ias. in d. l. Quoniam, ad hoc citat, non tamen facit mentionem de Bald. & bene etiam facit tex. quem dom. Ias. ad hoc adducit in d. c. Raynutius, ibi, in extremis constitut. in c. Nos quidem, in versic. de hac luce migrasse, de testamentis, & in c. fina. ibi, agens in extremis, de success. ab intestato* secus in tali infirmo & semimortuo, qui amplius non potest articulate loqui, ita vt intelligi possit, nam is dicitur mortuo similis. *l. Iubemus, in princ. vers. Si enim talis est test. tor, &c. C. eo. tit. de testam.*

Nec obstat, quod verba testamenti non fuerunt scripta præcise in personam testatoris, sed quodammodo impersonaliter, per hæc scilicet verba: **S. E. zur newen M. wil seinen letzten willen vnd Testament/wie von worten hernach folget/ gemacht vnd geordnet haben.** Nam cum constat de clara & aperta mente & voluntate ipsius testatoris in terminis nostris, ad quem voluerit pertinere bona sua post mortem eius, non est curandum de verbis testamenti, qualiter scripta fuerunt. d. l. Quoniam indignum, in princip. & ita summant ibi Doct. d. l. Quoniam indignum, hodie in institutione hæredis non requiritur solennitas verborum, sed sufficiunt quælibet verba voluntatem testatoris exprimentia, siue imperatiui modi, siue indicatiui, aut directa, aut obliqua, vt ibi latius per Legist. & ita non refert, si in testamento posita sint ista verba: Titius esto hæres meus, vel sit hæres meus, vel facio eum hæredem. Vel ita: Sempronius vult, quod Titius sit hæres eius, vel instituit Titium hæredem suum, vel vult quod hæreditas eius ad eum perueniat, vel apud eū remaneat, ex quo voluntas testatoris est manifesta, & ideo dicit text. in fi. ibi, & in postremis ergo iudicijs ordinantis, amota erit solennium sermonum necessitas, vt qui facultates proprias cupiant ordinare in quacunq; instrumenti materia conscribere, & concludit, & quibuscunque verbis vti liberam habeant facultatem, & sic per illa verba vniuersalia quibuscunque, nulla penitus forma verborum, dummodo constat de voluntate testatoris, excluditur, quia qui omne dicit, nihil excludit, per vulgaria, & est sine scrupulo in præsentiarum, ex quo aperte & euidenter sublata omni præsumptione falsitatis appatet, & constat de mente & voluntate S. C. testatoris iam in Christo defuncti, vt patet ex instrumento, & optime faciunt omnia alia iura disponentia, quod semper sit attendenda mens & voluntas testatoris magis quā verba. *l. 3. Cod. de liberis instituen. vel exhered. l. In conditionalibus primum locum. ff. de conditio. & demonstra. l. Cum virum. Cod. de fideicommiss.*

Et pulcher tex. in l. Cum quæstio, in fine, vbi dicitur: In omnibus enim testatoris voluntatem, quæ legitima est, dominari censemus. C. de legatis. *l. Publius, cum simil. ff. de conditio. & demonstra.* Hinc Bald. in d. l. Quoniam indignum; in 2. notabili dicit per illum text. non esse curandum de qualitate verborum, dummodo constet de mēte loquentis, & dicit tex. valde notabilis in c. Sedulo, & sunt verba S. Augustini, 38. distinct. sententias ita præponendas esse verbis, vt præponitur animus corpori. Nec

obstat

obstat quod G. ... C. non habuerit fratres vel sorores, cum ille error non fuerit causa finalis conditi testamenti, qui quidem error tantum in causa finali annullat seu vitiat testamentum, alias secus *l. si pater. l. neque, cum ibi notatis. C. de hæred. instituendis. l. eam quam. C. de fideicommissis.* Sed clarius claro est, quod si S.C. sciuerit G. frattibus caruisse, quod nihilominus instituissent hæredes suos dic C. ipsummet G. & liberos V. C. & sic non sumus hic in casu, quando quis credidit aliquem filium vel fratrem suum, quod ideo instituit eum hæredem suum, qui tamen non erat, sed errabat, qui testator hic non taliter errauit, imo si sciuisset, vt adductum est, quod G. non habuerit germanos, nihilominus alios instituisset. Et ideo illa impugnatio prætacti legitimi testamenti est merè trufa. Et cum per ista sequatur, & indubitanter concludatur, quod sæpe prædictum testamentum fuerit & sit legitimum, & quod hæreditas in eo institutis delata sit hæredibus defuncti testatoris ex testamēto, & prælegatum solui & præstari debeat vxori testatoris, patet, quod hic frustra tractetur de clausula codicillari, tamen si ob aliquem defectum præfata vltima voluntas possit impugnari tanquam solenne testamentum, sicut nullo modo pôtest, vt liquido probatū est, tunc etiam sine dubio esset, quod virtute clausulæ codicillaris positæ in instrumento, valeret saltem vt Codicillus, ita vt hæredes venientes ab intestato, rogati teneantur præstare legata & fideicommissa personis, in tali vltima voluntate expressis. Nam tunc illa verba videlicet Articuli posita importarent fideicommissa. Ideo hæredes isto casu detrahere possent quartam Trebellianicam, *vt ff. & C. ad Trebellianum.*

THEMA CONSILII XCIII.

Scriptura priuata etiā confessata à debitore, non probat ius pignoris in præiudicium tertij.

SVMMARIA.

1 *Scriptura priuata regulariter probat tantum contra confitentem.*

2 *Testimonium Iudæi non admittitur contra Christianos.*

CONSILIVM XCIII.

DOMINI nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato, M. Iudæus cum esset debitor B. de S. & M. B. obligauit eisdem quædam bona nomine hypothecæ. Quumque certo & constituto tempore pecuniam non solueret, debitores petunt immissionem in bona hypothecata, & cum B. S. produceret publicum instrumentum, M. B. vero tantum niteretur priuata scriptura prædicti Iudæi, nullis testibus munita, & sic sufficienter suam hypothecationem, in præiudicium B. S. non probaret, pronunciatum est pro B. S. & illi decreta immissio in bona hypothecata, à qua sententia est ab M. B. appellatum. Quæritur ergo, vtrum bene vel male sit in prima instantia pronunciatum. Et respondetur, quod bene sit pronunciatum, & male appellatum, &c.

Quod præmissa sint vera, videlicet, quod prætensa scriptura producta nomine H. à H. non probat constitutionem iuris pignoris vel hypothecæ in prædicta domo M. in præiudicium iuris B. à S. quæsiti sibi in eadem domo pro consecutione debiti ex decreto iudiciali contra sæpedictum M. I. probatur per text. ad literam in l.
1 scripturas, C. qui potior. in pig. habe. vbi dicitur, † quod licet scriptura priuata manu propria debitoris subscripta, & ab ipso confessata, probet contra ipsum debitorem, non tamen probat contra alias personas, nisi habeat subscriptionem trium testium, & est ibi text. ad literam in fi. quod licet si duo prætendant ius hypothecæ vel pignoris cōtra debitorem, quod is qui nititur ex instrumento publico, præferatur alteri nitenti ex scriptura priuata & anteriori, & quod illa priuata scriptura, etiam confessata à debitore, non probet ius pignoris contra tertium, nisi sit scriptura priuata probatæ & integræ opinionis, & habeat subscriptiones trium vel plurium virorum, & sic est ibi casus ad brocam, quod scripturæ priuatæ & confessatæ statur tantum contra scribentem, & non contra tertium, sed alia probatio requiritur, &c. DD. ibi, & assignat ibi Bartol. rationem, quia si talis scriptura probaret cōtra extraneos, de facili posset debitor præponere posteriorem creditorem priori, quod esset absurdum, secundum eum ibi. Præterea licet scriptura priuata non solennisata subscriptione partium trium testium, quorum voce vel comparatione literarum coadiuuetur, probet cōtra eum, contra quem producitur, si fateatur eum sua manu scriptum vel subscriptum. *l. Pub. § fin. ff. deposit. l. cum de indebito. ff. de proba.* tamen huiusmodi confessio non nocet tertio. *d. l. 1. scripturas, & no. ibi gloss. mag. in fi. & ibi Bart.* & idem Bart. in l. repetita. ff. de fid. instru. qui quidem tex. secundum cum loquitur ibi in scriptura priuata, notant. decidit, quod si talis scriptura priuata continet confessionem, qua cōfiteor, quod tu mutuaueris mihi centum ante sex menses, sub obligatione bonorum, ꝙ talis confessio non præiudicet alteri creditori: *alleg. ad hoc text. in l. si superatis. ff. de pign.* Alias enim facile posset committi fraus, fingendi scilicet scripturam alteri præiudicialem. Et optime facit quod in simili notat Specu. in titul. de confessis. §. nunc videndum. *vers. sed nunquid.* Anton. de Butr. in c. Quinta vallis, de iureiur. de patre confitente tantum debitum, quod exhausta remaneret omnis spes filii, vt non teneat confessio, nihil aliud personæ qualitas suadeat. *Sequitur & refert Salic. in cap. 2. in 3. colum. versic. quinto cuncta. de tal. instrum.* Et bene accedit quod consuluit Pet. de Ancho. scilicet quod d. l. scripturas, in eo quod non vult probari ptiorem hypothecam per scripturam priuatam aduersus instrumentum publicum, habet etiam locum si probetur per instrumentum publicum, quod datus fuit procurator ad faciendam obligationem, & postea ostendatur scriptura priuata, mandant, quia quamuis videatur cessare præsumptio fraudis, ex quo prius est datus procurator: Quia tamen istud antecedens potest esse sine consequente, quod est contingibile nō necessarium, non propter hoc probat scripturam prius confectam, *& consilio eius subscripserunt se Calder. & Franc. de Cauponibus. Refert & sequitur Felin. in d. capit. 2. in 2. colum. versic. reliqua dic.* Et confortantur prædicta omnia, quod scriptura priuata regulariter solum probet contra confitentem pro se, *Authent. vel contra tertium non probat. d. l. scripturas. d. l. publica. §. publica. §. fin. cum gloss. l. fin.* vbi etiam confessio matris non nocet filiæ. ff. de probationibus, & bonus text. in d. cap. 2. vbi dicitur, quod talis scriptura priuata non habeat aliquod robur firmitatis, *Bart. & Legist. in l. admonendi. ff. de iureiur. Canon. in d. cap. 2. & in plerisque aliis locis.* Ex quibus iam breuiter liquido infertur, quod prætensa priuata scriptura, quæ asseritur esse M. I. ex qua H. B. nititur fundare prætensum ius suum pignoris vel hypothecę, penitus nihil probare posset contra B. à S. tanquā contra tertium, in præiudicium scilicet iuris sui quæsiti, &c. & tanto fortius illa obtinent locum in præsentiarum, † cum Iudæi non 2
sint probtæ & integræ opinionis, quare etiam testimonium eorum regulariter non admittitur contra Christianos

ſtianos. *c. non poteſt. c. ſi hæreticus, 9. q. 7. c. Iudæi, cum ibi not. de teſtib. l. quoniam. C. de hæred.* niſi in vltima voluntate vel contractibus, non autem in iudiciis. *d. l. quoniam. cum gl.*

Ex quibus iam aperte concluditur, in prima inſtantia bene fuiſſe pronunciatum, & male appellatum. Et quod hic latius ſuperflue non ſit inſiſtendum de primo proceſſu & debito B. à S. cum H. à B. defecerit in probatione eius, quod eſt fundamentum ſuæ intentionis. *l. ei qui. ff. de proba. cum ſimil.* Et ſic patet, quod B. à S. habet liberas ædes quo ad H. de B. ex quo ſua non intereſt propter defectum probationis aſſerti iuris, &c. Ergo, &c.

THEMA CONSILII XCIIII.

SVMMARIA.

1. *Ordo ſcripturæ attendi debet.*
2. *Ordo ſcripturæ præponderat ordini affectionis.*
3. *Ad veritatem copulatiuæ requiritur concurſus vtriuſq;.*
4. *Prohibitio teſtatoris expreſſa de non alienando rem, impedit dominii tranſlationem. Secus in tacita.*
5. *Appellatione nepotum veniunt pronepotes.*

CONSILIVM XCIIII.

DOmini noſtri Ieſu Chriſti auxilio ſuppliciter implorato. N. in ſuo teſtamento legauit quandam domum nepoti ſuo, & eandē voluit peruenire ad Titium, ſi contingeret nepotem decedere ſine liberis, & inteſtatum, prohibuitque eandem domum alienari, &c. Circa illam inſtitutionem & legatum conditionale contingit dubitari de quibuſdam. Et præcipue, vtrum nepos non obſtante prohibitione alienationis, poſſit vendere ædes legatas, & dominium earundem in alium transferre. Et vtrum in præſenti caſu requiratur ad hoc, quod locum habeat legatum vtranq; conditionē purificari. Et qualiter nepos teneatur cauere purificatis conditionibus, domum reſtituere, & ipſe atque hæredes eius immiſcentes ſeu adeuntes eius hæreditatem, teneantur legatariis de euictione, &c.

Et licet pro cōfirmatione prædictorum poſſent plura adduci, tamen breuiter propter temporis anguſtiam,
1 Reſpōſiones ſupra datæ oſtendunt, † Ordo enim ſcripturæ attendi debet. l. cum eum. §. à te peto, alias fin. Ibi, ſed ordine ſcripturæ factam ſubſtitutionem, vbi eſt text. nota. quod etiam quando hæres grauatur dare diuerſis alternatiua, inter quos eſt diſparatio alternatiua, nō ponitur pro cōiuncta, & ordo ſcripturæ ſeruatur. ff. de leg.
2 2. Et ſic † eſt ibi caſus, quod ordo ſcripturæ præponderet etiam ordini affectionis. Nec obſtat l. fin. C. de fideicom. quia ibi loquitur, quando verba ſunt directa ad legatarium, quando ſcilicet teſtator ita dicit: Lego Titio vel Caio, & ſic vbi non cadit affectio, tunc alternatiua capitur pro coniuncta. In terminis aūt noſtris fideicommiſſum eſt cōditionale, & ſunt conditiones ordine poſitæ, vt patet ex ſerie ſcripturæ teſtamenti. Ergo, &c. Et quod ordo ſcripturæ attendi debeat, eſt tex. etiam in l. more. §. prius. ff. de vulg. & pupil. ſubſt. §. inordinatum, in Auth. de nup. col. 6. l. quotiens, in prin. cum ſimil. ff. de vſufr. in quib. ll. habetur, quod in dubio ordo ſcripturæ attendi debeat. Quanto magis in propoſito, vbi apparet de expreſſa voluntate teſtatoris, quo ordine & ſub quib. conditionibus voluerit prædictum fideicommiſſum conditionale ad eius & vxoris ſuę proximiores conſanguineos peruenire. Ergo, &c.

Item & ſecundo clarum eſt, quod quando inſtitutio vel legatū eſt factum ſub duabus vel plurib. conditionibus cupulatiue, per copulam ſcilicet, & tunc ad hoc habent locum huiuſmodi legatum vel inſtitut. requiritur, q ambę vel omnes, ſi fuerint plures adiectę conditiones, exiſtant. † Ad veritatem enim copulatiuæ requiritur vtrunq;. *l. ſi hæred. plures. ff. de conditio. inſtit.* & hoc eſt indubitatum, q duę orationes ponuntur copulatiue, nō principaliter, ſed reſpectiuè ad aliud, q tunc requiratur concurſus, Vt ſi teſtator dicat: Inſtituo Titium hæredem, vel lego ei domū meam, ſi nauis venerit ex Aſia, & ſi Imperator venerit futura æſtate in Alemaniam. Nam iſto caſu illæ rationes ponuntur copulatiuè, vt patet, non principaliter, ſed reſpectiue ad aliud, ſcil. ad legatum. *d. l. ſi hæreds.* 3
Secus quando plures orationes non copulantur reſpectiue ad aliud, ſed quælibet principaliter, quia tūc copula magis ponitur cauſa ordinis, quam cōiunctionis. Ideo non requiruntur concurſus vtriuſq;, *vt l. 1. ff. de his qui not. inſa. in l. 1. ff. ad l. Pomp. ſecund. Bart. in d. l. ſi hæred. plures, in 3. & vlt. oppoſ.* Ita etiam in contractib. ad veritatem copulatiue regulariter vtrunque requiritur. *l. ſi quis ita ſtipulatus ff. de verb. obl.* Sed hic in vna eademq; oratione ponuntur duę conditiones, videlicet, Vnd wo der N. ohn ehliche Kind vnd ohn Geſchefft/non principaliter, ſed reſpectiue ad fideicommiſſum, ſcilicet domus, &c. ponitur ibi ſine dubio ad hoc, vt habeat locū diſpoſitio, requiritur, quod ambę conditiones verificentur. Hinc enim decidunt not. Iac. Butr. & Mod. in l. Manup. per glo. videlicet ibi, C. de ſer. fugit. quod ſtatutum diſponens quod turbans & expellens quem in poſſeſſione, ſoluat centum, & ablata reſtituat, non habeat locum ſi quis ſolum turbet quem in poſſeſſione, non tamen expellat de ea, vt videlicet ſoluat pœnam & Bald. in c. fin. in tit. de duobus fratribus à ca. inueſt. dicit, quod ſi ſtatutum diſponat, quod ſi quis caruerit filio & filia, frater eius ſuccedat, quod requiratur concurſus vtriuſque. *Faciunt ad prædicta nota. per Bartol. & Doctor. in l. ea tamen adiect. ff. de legat. 3. in l. ſi is qui ducenta. §. vtrum, præſertim in 4. oppoſit. ff. de rebus dubiis, & in l. 1. ff. de iu. & iure.*

Item tertio, quod nepos, de quo in præſentiarum, poſſit prædictā domum ſibi legatam à teſtatore auo ſuo, alienare, & in eum, in quem fiat alienatio dominium eiuſdem transferre poteſt. Nam licet expreſſa prohibitio teſtatoris de non alienanda re, reddat venditionem vel alienationē ipſo iure nullam, & impediat dominii tranſlationem. *l. filiusfamilias. §. diui, cum ibi nota. ff. de lega. 1. l. cum poteſt §. libertus. ff. de legat. 2.* Secus tamen eſt in prohibitione tacita, quæ ſcilicet prohibitio tacita non habet iſtos effectus, & nullo modo impedit trāslationem dominii, vt quando teſtator non prohibuit expreſſe rem alienare. Sed alienatio prohibetur tacite à lege, vt in ea, vt in re ſubiecta reſtitutioni. Nam tenet alienatio, & non impedit translationem dominii, & ſolum reuocatur ex poſt facto exiſtente conditione, vt puta in legato vel fideicommiſſo conditionali. Gloſſ. eſt notab. & expreſſa, quam ibi ſequitur Bart. & Doct. in d. l. cum pater, in §. libertis, in 1. gloſ. in fi. dum dicit: Item hic nullo modo tenet alienatio, quia teſtator prohibuit expreſſe, ſed ibi tenet ſtatim, ſcilicet in fideicommiſſo conditionali, &c. *Et ita tenent Petr. & Cyn. in Authent. res quæ. C. communia de leg. Bartol. in l. ſeruo legato. §. ſi ſeruum, alias 1. ff. de legat. 1.* per quam deciditur etiam, quod ſi quis promiſerit non alienare rem, ſub certa pœna, & alienet rem ſubiectam reſtitutioni, incidat in pœnam, qui alienet interim pendente conditione, *tamen gloſſ. tenet in d. §. ſi ſeruum, vel contrarium. gloſſ. in d. §. libertis, communiter tenetur & expreſſe patet in d. l. diui, (mihi, in 2. colum.) verſicul. certe, ad l. Stichus. Bal. Paul. de Caſtr. & communiter Docto. in d. §. libertis. & facit ſecundum Bald. text. in §. qui infirmos, in Authent. de nuptiis, columna 4.*

Nec

Nec secundum Bart.in d.§.si seruum, obstat text. in Authent.res quæ, C.communia de legat.dicendo,quod ibi nihil innouet per modum prohibitionis alienationis, sed quod à prohibitione legis antiquæ excipit duos casus,& sic leges veteres,& l.Marcellus.§.res eum æqualibus.ff. ad Trebel. quæ vocant res subiectas restitutioni, alienari non posse, procedunt, quod scilicet alienatione non obstante,si ex postfacto extiterit conditio, reuocari possit: Tamen interim tenet & valet per supra adducta,& assignatur verbo, quare prohibitio tacita nõ impediat translationem dominii, sed quod alienatio ipsa antequam exret cõditio,tenet.Secus quando est expressa prohibitio, quia cum expressa prohibitione testatoris conuenit etiam tacita legalis,sed non è conuerso.Et duę prohibitiones fortiores fiunt vna. Per quæ iam liquido constat, quod si nepos,de quo in proposito,alienauerit prædictam domum subiectam restitutioni, sub duplici conditione,quod alienatio valeat,& nõ impediat translationem dominii, donec extiterint ambæ conditiones copulatiuæ,& quod defectum earum vel vnius tantum, venditio vel alienatio valeat irreuocabiliter. Verum tamen est,quod nepos teneatur cauere seu satisdare de restituendo fideicommisso, adimpletis & extantibus ambabus conditionibus, &c. *l.1.& per totum tit.ff. vt lega. no. caue.l.2.cum simil. C.vt in poss. lega.* † quod etiam appellatione nepotũ veniant etiam pronepotes, est sine dubio, *vt probatur per text. in l. cui eorum. §. affinitatis. ff. de postuland. l. nurus. l. soceri.& l.generi. ff. de verborum signific. Bartol. in l. liberorum. ff.eod.tit. Bart.& Legist.in l. Gallus. §. instituens. ff. de libe. & posthu.* Et hoc procedit etiamsi testator expresse disponat de nepote ex filio, quod tamen adhuc intelligatur etiam de pronepote. Ita probatur per text.in l.Lucius,la vlt.quę est notau.vbi deciditur,quod licet testator instituto fratre suo, substituat libertum, si decesserit frater sine filiis ex se natis, quod appellatione filiorum comprehendantur tamen nepotes,licet dictio Ex, importet causam immediatam *l.1.C. si seruus ext.* Ita etiam si diceret testator de nepotis filio, intelligatur etiam de pronepote,& hoc vult Bart.in d.l.liberorum, super Artic. An appellatione nepotis veniat pronepos. Per quæ patet, quod sua responsio in d. §.instituens, data ad §. idem eredendum,in eadem lege non sit bona, quam etiam expresse reprobant Alex.de Imo.& D.Iason.in d. §.instituens,quod scilicet Sceuola in d.§.idem credẽdum, loquatur declaratiue tantum,&c. Sed de hoc hic superflue latius non instatur. Item filius immiscendo se hęreditati paternę,vel hæres adeundo hæreditatem defuncti,non potest venire contra factum patris vel defuncti, sed tenetur ipsum seruare. *l. quæ à patre. C. de rest. mi it. l. ab eo. C. de liber. caus. l. venditrici. C. de reb. alie. non alien. l.cum à matre, cum simil. C. de rei vend.* Pater enim & filius censentur vna eademq; persona. *l fin. C. de nup. & §. econtra etiam quem. Inst. de inutilibus stipulat.* Item indubitatum est, quod si contigerit istum nepotem vendere sæpe tactam domum, & talis domus post vendicaretur ab emptore,quod filii iure immiscentes se hæreditati suæ,tenerentur de euictione. Sed quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*l.vendicatore.ff.de rei vend.*

THEMA CONSILII XCV.

Vtrum sententia lata contra emprorẽ, præiudicet venditori scienti litem motam contra emptorem, ita quod ipsi postea agenti obstet exceptio rei iudicatæ.

SVMMARIA.

1 *Lex correctoria etiam pœnalis statuens in vno ex correlatiuis, intelligitur etiam disponere in alio.*
2 *Statutum in vendente, intelligitur etiam statutum in emente.*
3 *Pœna imposita per statutum vendenti frumentum, extra plateam, habet locum in emente, licet de eo nihil dispositum sit per statuentes.*
4 *Regula, quod res inter alios acta, aliis non noceant.*
5 *Sufficit quem pro se habere regulam, quamuis aliquæ fallentiæ sint in contrarium.*
6 *Intellectus & declaratio l.sæpe.ff.de re iudicata.*
7 *Statutum in vno ex correlatiuis, non habet locum in alio, quando subest diuersa ratio.*
8 *Statutum prohibens forensi emincere bona immobilia intra territorium, non intelligitur prohibere vendere.*
9 *In emptorem facta traditione à vero domino transfertur dominium, non obstante pacto de retrouendendo.*
10 *Sententia inter alios lata, licet non præiudicet tertio, quo ad plenum præiudicium, tamen præiudicat quo ad præsumptionem contra tertium ex sententia resultantem.*
11 *Vtrum attestationes inter alios factæ, faciant semiplenam probationem contra tertium.*

CONSILIVM XCV.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter imploraro. In præsenti consultatione, qua quæritur, vtrum validi ab N. venditores agrorum, post reemptionem factam, possint agere contra villanos negatoria actione, non obstante sententia inter prædictos villanos & emptores super iure pascẽdi lata: videtur breuiter determinandum,quod possit agere, & quod illis exceptio rei iudicatæ nõ obstat. Nam licet prima fronte pro prædictis villanis, & contra validos ab N. facere videantur. l.sæpe,ibi, Sed scientibus,& quæ ibi notantur.ff.de re iudi.& c.quamuis, iuncta mag.gl.ibi scilicet, vel si emptor patiatur venditorem experiri, eod. tit. de sen. & re iud. vbi habetur, quod sententia lata super rei vend. contra venditorem siue agentem, siue conuentum pro reo, per quam sẽtẽtiam reus absolutus est, quia probauit se dominum rei, & ita est lata sententia declaratoria dominii pro eo, noceat etiam emptori, si sciuerit venditorem litigare. Ergo idem videtur dicendum in huiusmodi sententia lata cõtra emptorem, siue agendo, siue excipiendo,quod huiusmodi sententia,per quam declaratum est dominium ad aduersarium pertinere, noceat venditori, † cum lex etiam iuris communis correctoria disponens in vno ex correlatiuis, censeatur etiam in aliò statuere. *l. fin. & ibi Legist. C. de indi. vid. tol. per quod limitatur l. percipimus, in fi. C. de appe.* & quod notant. notatur, & communiter concluditur in Authen. quas actio. C. de sacrosanct. Eccles. quod scilicet in correctoriis non sit licita extensio ad alium casum in l.corrigente non expressum, non solum ex identitate, sed etiam ex maioritate rationis: Tamen hoc non procedit in correlatiuis, & ideo † statutum in vendente, intelligitur etiam statutum in emente, cum sint correlatiua. *l. cum emptor. ff. de rescind. vend. l. fin. ff. de acceptil.* Imo statutum in vno ex correlatiuis extenditur etiam ad aliud in materia pœnali. Hinc notanter Bart.in d.l.fin. C. de indi. vid.toll.inquit,quod per hoc semel dixerit in quęstione de facto,dicebat † statutum Pisarum, quod nulli liceat vendere frumentum, nisi in platea sub certa pœna, de emptione nihil dicebatur, quæro vtrum emptor teneatur,& respõdit: Ego dico in istis correlatiuis,quod statuitur in vno, videtur statutum in reliquo, *vt hic per d.l.cum emptor, & d l. fin. de accepti.*

& dicit ad fin. d.l. fin. quod pro hoc faciat l. 1. vbi de hoc est casus expressus. Nam ibi expresse dicitur: Qua punitur emptor rei, quæ prohibetur emi, vt in Siria arbor Cupressi, eadem punitur eius vẽditor. C. de Cupress. lib. 11. & est etiam opt. tex. in l. 1. vbi dicitur: Res religioni destinatas, quinimo iam religionis effectas, scientes qui cõtigerint, & emere & distrahere nõ dubitauerint, tametsi iure venditio non subsistat, læsæ tamen religionis in crimen inciderunt. C. de sepul. viol. *& sequuntur Paul. de Castr. & DD. in d.l. fin. Bar. in d.l. 1. C. de Cupressis, lib. 11. & in d. l. fin. ff. de accep.* Per quæ videtur iam inferri, quod d. l. sæpe, & d. c. quamuis, alias penult. cum gloss. loquentia in vẽditore agente vel conuento in rei vendicatione, habeat etiam locum in emptore, & per consequens, quod præfata sententia lata contra N. emptorem, præiudicet seu noceat venditoribus eiusdem vel eorundem hæredibus, si sciuerint, quod est valde verisimile, quod pater prædictorum ab E. sciuerit litem vertentem inter prædictos villanos, Actores ex vna, & N. ab N. Reum ex altera parte. Tamen istis & omnibus aliis non obstantibus, arbitror in præsentiarũ contrarium de iure esse verius, videlicet quod validis ab N. agentibus negatoria contra sæpenominatos villanos in N. non obstet exceptio rei iudicatæ, sed quod præsens casus sit præcise &
4 specifice comprehẽsus in terminis regulæ, † quæ habet, quod res inter alios iudicata, aliis nec prosit, nec noceat, vbi habetur in rub. & nig. res inter alios acta vel iudicata, aliis non nocet. l. 2. vbi dicitur: Res inter alios iudicatæ, neque emolumentum afferre his, qui iudicio non interfuerunt, neque præiudicium solent irrogare, &c. cum aliis legib. C. quib. res iud. non no. d. l. sæpe, in princ. dum dicit text. Sæpe constitutum est, res inter alios iudicatas, aliis non præiudicare. l. 2. C. de fid. instr. vbi est casus notab. quod sententia lata contra vnum, quod instrumentum sit falsum, non præiudicat consorti eodem instru-
5 mento vtenti, &c. *& d. cap. quamuis, in princip.* Et † regula sit, quod sufficiat quod quis habeat regulam pro se, & quod illa debeat attendi, quamuis aliquæ fallentiæ sint in contrarium. *l. suus quoque. in versic. puto. ff. de hær. insti. l. ab ea parte. ff. de probat. cap. venerabilib. in §. potest quoque. de senten. excomm. in 6.* Hinc dicit eleganter Bartol. in l. quotiens. ff. si quis caut. Quod non dicitur esse dubium, de quo est regula iuris, licet sint aliqui casus excepti, nisi de illis casib. specialib. doceatur, & prænominati villani non possint docere, quod casus iste sit exceptus à præfata regula, non obstantib. d. l. sæpe, in vers. sed scientib. & in d. cap. quam-
6 uis, cum glo. & aliis supra adductis. † Pro cuius clara declaratione est sciendum, quod ideo in d. l. sæpe, in præall. vers. sed scientibus, & in d. c. quamuis, sententia lata contra venditionem, per quam aduersarius declaratus est dominus rei, obstet emptori. Quia ad emptorem primo loco spectat actio vel defensio, & nõ ad venditorẽ: quo quidẽ casu, quando scilicet is, ad quem primo loco spectat actio vel defensio, patitur sequentem experiri, fit sibi præiudicium, *vt patet ex d. l. sæpe, in præalleg. vers. sed scientibus*, & illa ratio congruit & apparet, quãdo emptor patitur venditorem experiri, vel maritus vxorem pro dote, quia ad emptorem pertinet primo loco actio vel defensio rei emptæ, & non ad venditorem. Item alia ratio assignatur in d. l. sæpe, in vers. is vero, ibi scilicet, qui ex voluntate, & clarius in d. c. quamuis, quare sententia lata cõtra venditorem, noceat emptori. Quia vbi quis patitur alium experiri de iure, quod habet ipse patiens ex persona agentis, sibi præiudicat, quæ quidem ratio præcise congruit, quando emptor patitur experiri venditorem. Nam emptor habet ius suum ex persona venditoris, & non econtra; sicut maritus ius dotis ex persona vxoris vel soceri, & non congruit, quando venditor patitur experiri emptorem. Item est alia ratio, quæ in d. l. sæpe, assignatur. Quia emptor potest prohibere venditorem, ne experiatur, sed non econtra. Per quæ iam patet d. l. sæpe, & d. c. quamuis, non solum non obstare responsioni seu decisioni supra datæ in præsenti casu, sed eam etiam per prædicta iura confirmari & fortificari, cum in d. l. sæpe, in d. c. quãuis, decidatur, quod regulariter sententia declaratoria dominii in rei vendicatione lata pro vno, non præiudicet, nec prosit alteri, nisi in casibus ibi exceptis. Sed casus noster ibi non est exceptus, quia hic non sumus in casu, quãdo debitor passus est creditorem agere de proprietate pignoris, vel maritus vxorem, vel socerum de dote, nec est comprehensus sub tertio casu ibi expresso, quando emptor passus est venditorem experiri. Quia hic emptor, validus scilicet ab N. fuit conuentus, &c. Et sub isto tertio casu, vbi scilicet emptor scienter patitur experiri venditorem, nõ comprehenditur casus econtra, cum non sint eædem rationes, cum rationes quare sententia lata contra venditorem, præiudicet emptori, scienter patienti eum experiri, non militent in venditore, qui patitur emptorem experiri, cum ad eum principaliter pertineat actio & defensio. Et sic etiam nõ obstat quod adductum est, videlicet, † quod statutum in 7
vno ex correlatiuis intelligatur etiam statutum in altero. Nam hoc est verum, nisi sit diuersa ratio in vno, quæ non sit in alio, *secundum Bart. & DD. in d. l. fi.* tunc enim dispositum in vno, non intelligitur dispositum in altero, *vt patet per text. in l. fin. C. de rescind. vend.* Et ideo † si statutum 8
prohibeat forensem euincere bona immobilia in territorio, non tamen intelligitur eam prohibere, ne vendat, quia est diuersa ratio, *secundum Bartol. Lud. & DD. in l. 1. Multum. ff. de verb. oblig.* Et D. Ias. in d. l. fin. *in 3. colum. ante fin. in versic. tertia conclusio, cum princ. sequ.* adducit ad hoc multas notabiles decisiones, quas referre hic magis esset laboriosum, quam necessarium. Cum indubitatum sit, quod statutum in vno ex correlatiuis non habeat locum in aliis, quando non subest alia ratio. Et cõstat, quod quando quis vẽdit fundum suum alteri, cum pacto de retrouendendo oblato precio, † quod in emptorẽ facta tra- 9
ditione, transferatur verum dominium, si vendens fuerit dominus rei venditæ, non minus quàm si illud pactum non fuisset adiectum. *l. nunquam nuda, in princ. ff. de acqu. rer. dom.* & per huiusmodi pactum de retrouendendo, solum est reseruatum ius venditori, quod possit reemere rem venditam ab emptore, oblato precio, *iuxta form. l. 2. C. de pact. inter emptor. & vend.* Licet laici appellent communiter huiusmodi contractum ein Pfandtgut, & male, Et hoc est sine dubio.

10 Tamen † non est hic omittendum, quod licet regulariter sententia inter alios acta, aliis nõ noceat, nec prosit, vt patet per iura supra adducta. Et illius regulæ est ratio naturalis, *secundum Pan. in d. capit. quãuis, in vers. quæro ergo primo de ratione.* Nã vni per alterũ non debet iniqua conditio afferri. Item res disposita ad certum finem, non debet alium effectũ operari. Cum enim sententia sit dicta inter litigantes super eorũ iure, nec sit ibi discussum de iure tertii, &c. nec etiam de alterius iure licuit sine mandato disceptare, merito sententia nõ debet aliis, qui non fuerunt in iudicio, obesse. Tamen illa regula procedit, scilicet, quod non prosit vel obsit sententia inter alios lata, respectu pleni preiudicii, seu cõmodi, tamen prodest vel nocet, quando tangit ius etiã absentiũ, quo ad præsumptionẽ, quæ præsumptio resultans ex sentẽtia inter alios lata, pro tertio absente, inducit semiplenã probationem. *vt not.*

vt not. decidit Bart. in l. repeti. l. admonendi, (mihi, in 9. colu.) versi. quæro quid si dicta testium. ff. de iureiur. allegans ad hoc text. in l. à sententia, in princip. ff. de appella. & dicit Panorm. in d. cap. quamuis, hoc esse notandum. Et Alexan. de Imol. in sua aurea repet. d. l. sæpe, in 22. col. versic. fortius dixit. Anton. de But. dicit: Teneas menti obsecro id, quod dictum est, sententiam latam inter alios, facere quo ad tertium, semiplenam probationem, quia est de pane quærendo, tamen ipse ibidem subiungit, quod illud non sit sine dubio, maxime quia tex. in d. l. à sententia, per quem fundant se Bart. & DD. non probat, quod afferat præiudicium, quoad semiplenam probationem, sed solum quod ratione præiudicii potest appellari, certũ est autem permitti appellari, etiam ratione leuis præiudicii vel interesse, puta ratione solius humanitatis. *l. non tantum, infra, de appella.* & alibi habetur, quod ista dictio quale quale, importat infra dimidiam, *vt probauit in l. item apud Lab. §. Prætor ait vltimo, infra, de iniur.* Hæc ille. Et Panor. in d. c. quamuis, in 2. colu. in 3. q. relata opinione Bart. subiungit: Hæc tamen ego relinquerem arbitrio Iudicis, qui hoc arbitratur, secundum quod sen-
11. tentia tangit ius absentium. Item † dicta testium, & alia acta inter alias personas facta, faciunt præsumptionem pro tertio, vel contra tertium etiam quo ad semiplenam probationem, *secundum Bart. in d. versicul. quæro, quid si dicta testium, & mouetur per d. l. à sententia, in princ. & secund. Panorm. in d. c. quamuis, in 3. qu.* & ibi Fel. cum concor. dicunt idem esse in aliis actib quod est in sententia, regulantur enim secundum sententiam, vnde quib. nocent acta, *& allegat ad hoc bonum text. in c. inter dilectos, in versic. Nec attestationes, de fid. instrum.* Et ille articulus, an scilicet attestationes, quo ad tertium, faciant plenam probationem, depẽdet præcise à veritate d. l. à sententia, in prin. Et videtur verius, quod non inducat semiplenam probationem, *potissimum etiam per text. in l. item apud Lab. §. prætor ait, l. a vlt. ibi, vel mediastinus, an qualis qualis probatio sit minus semiplena probatione, propter vnum mediastinus, quod procedit.* Et supra dicta, quod sententia vel res inter alios acta, faciat etiam præsumptionem, vel quale quale præiudicium, quo ad tertium, *vt patet per text. in l. si duo patro. in versicu. multum tamen fidei, in princ. iunct. gl. ibi not. in verb. Autoritatis. ff. de iureiur.* procedunt, quo ad tertium, scilicet habentẽ iura cõnexa cum alio, cum quo illa fuerant gesta, alias secus, *secundum Bald. in l. 2. C. de eden. Et idem est de mente Cyn. & Ange. ibi. & Alexan. de Imol. in d. l. fin. duo. in princ. in vlt. col. versic & intelligas, quod acta. pro quo alleg. l. sed etsi poss. §. fin. in versicu. nihil, cum l. sequ. sup. eo iun. l. à sent. in prin. & quod ibi not. infra, de appell.* & propterea verior videtur Lect. secundum quam intelligitur iste text. quod quilibet patronus dicebat, quod iste libertus fuerat cõmuniter ab ipsis manumissus, & sic ius vnius habebat connexitatem cum iure alterius. Hæc ille. Ex quibus concluditur & infertur, quod licet sententia lata inter emptorem N. non præiudicet venditori, quo ad plenum præiudicium, quod tamen faciat præsumptionem contra venditorem, & quasi semiplenam probationem, Ita quod postea agendo grauetur magis in probando suum ius, &c.

THEMA CONSILII XCVI.

De contractu emptionis & venditionis, & solutione melioramentorum, & qualiter veniant considerandæ & æstimandæ expẽsæ in rem emptam collatæ.

SVMMARIA.

1 *Ex contractu nominato statim agi potest, ex nominato autem demum post implementum secutum.*
2 *Quamuis agens ex contractu nominato emptionis, repellatur precio non soluto, per exceptionem tamen ipso iure nata est sibi actio, nec potest venditor eo inuito resilire à contractu.*
3 *Contractus innominatus assumit naturam contractus nominati, cui assimilatur.*
4 *In contractibus bonæ fidei non tantum venit id, quod à contrahentibus actum est, sed etiam illud, quod æquum est venire, licet non sit expressum.*
5 *Illud quod in contractu est inductum in alicuius fauorem, non debet in eius læsionem retorqueri.*
6 *Rigor scriptus in specie, præfertur æquitati scriptæ in genere.*
7 *Iudex debet semper habere præ oculis æquitatem.*
8 *Illud habetur pro expresso, quod verisimiliter fuisset dispositum, si de eo fuisset cogitatum.*

CONSILIVM XCVI.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. In proposito Themate duo sunt consideranda. Primo, quod ipsi emptori domus ab ipso venditore debeatur. Ad quod respondetur ea deberi, quæ ex natura cõtractus, & ex bono & æquo veniunt, licet verbis expressa non sint, &c.

Secundo, qualiter impensæ & meliorationes in rem venditam factæ, quæ ex pacto iuxta contractum apposito debent refundi, debeant æstimari. Et respondetur, quod ex verbis contractus arbitrio bono virorũ debeat æstimari tantum vtilitas de præsenti propter æquitatem facientem pro venditore, nõ obstante, quod secundum rigorem possint verba interpretari etiam pro emptore.

Responsio ad primam quæstionem data, est adeo vera, vt ipsa nulla probatione egeat. Nam clarius claro est, quod contractus emptionis & venditionis est cõtractus nominatus statim solo consensu absq; omni implemento, ex quo est conuentio iuris gentium, producit actionem, & in hoc differunt contractus nominati à contractibus innominatis. Text. est notab. licet vulg. in l. iurisgentium, in prin. ff. de pact. & est ibi text. melior de iure;
† quod ad hoc vt ex contractu nominato agi possit, non 1
requiritur aliquod implementum ex parte sua, licet in contractibus innominatis ad hoc, vt patiant actionem, requiritur quod implementum sit secutum. illam differentiam ponit expresse tex. in l. 1. in princ. versi. item emptio & venditio nuda contrahentium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet, alioqui si res nondum tradita sit nudo consensu, constitui obligationem dicemus, quod in iis duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent, vt in emptione, venditione, conductione, mandato, &c. ff. de rerum permuta.

Nec obstat text. in l. Iulianus. §. offerri, vbi non potest agi ex contractu nominato empti & venditi. Dicit enim ibi text. Offerri precium venditori ab emptore debet, cum ex empto agitur, & ideo etiamsi partem precii offerat, nondum ex empto actio est, &c. *l. qui pendentem, ff. eod. titul.* & hic non videtur differentia esse inter contractus nominatos, & innominatos: Tamen prædicta differentia stat firma, *vt patet in d. l. iurisgentium. in princ. & in d. l. 1. de rer. permut. & in prin. instit. de obliga. ex consensu*, & per illum tex. dicit ibi Io. Fab. in fi. hæreticũ esse astruere emptione demum actionẽ oriri, soluto vel oblato precio. Nec obstant d. §. offerri, & d. l. qui pendentem, quia licet ex contractu innominato statim oriatur obligatio & actio, tamen si contrahens agat antequam impleat contractum pro parte sua, ipse potest repelli exceptione. Sed in contractu innominato quantumcunq; puro, non nascitur

actio, nisi in puncto implementi secuti, *secundum Angel. & DD. in d. l. iurisgent. DD. in d. §. offerri.* Et ratio diuersitatis est secundum DD. quia in contractib. innominatis agitur de actione mero iure, not. defendenda, &c. *Ita pulchre declarat D. Ias. in l. siue apud acta, in prin. vlt. colum. vers. tu autem dic.*
2 *C. de transact.* & † indubitatum est, alteram partem à contractu emptionis & venditionis perfecto, altera inuita resilire non posse. *l. de contractu, cum simil. de rescind. vend.* Et prædicta decisio est sine omni dubio, ideo non est latius inhærendum.

Veritas autem datæ Responsionis ex sequentibus inferri videtur. Nam dato quod conuentio, de qua in prædicta copia, esset contractus innominatus, est stricti iuris, in quo quidē contractu stricti iuris, quod verbis non est expressum, habetur pro omisso. *l. quicquid astringendæ, in princ. & ibi Legist. ff. de verb. oblig.* Tamen negari non posset, quod assimilaretur contractui empti & venditi, vt patet ex principali eius dispositione: Sequitur, quod etiam isto casu iudicaretur de huiusmodi contractu innomi-
3 nato, prout de cōtractu emptionis & venditionis, † cum contractus innominatus assumat naturam contractus nominati, cui assimilatur, seu cum quo similitudinē habet. *Text. est not. in l. naturalis. §. quod si faciam, alias penult. ibi, quæ actio similis erit mandati actioni. ff. de præscript. verb. lib. 1. §. si quis seruum, ibi, quasi genus legati & conducti interuenit. ff. depositi. l. si gratuitam. §. 1 ff. de præscr. verb.* Hinc l. Item quæritur, in §. qui impleto. ff. locati, extenditur ad cōtractum præcarii ad certum tempus, quia habet similitudinem cum contractu locationis. Et hoc quod dicitur in dd. ll. quod scilicet contractus innominati habeant naturam cōtractuum nominatorum, cui assimilatur, intelligitur prout declarat gl. in d. l. pen. in verbo, Similis, in prin. ff. de præscript. verb. Sed quid opus est his in præsentiarum, cum constet, quod hic sumus in terminis veri contractus emptionis & venditionis, & cum ille contractus sit bonæ fidei. *§. actionum Instit. de actionibus,* & in contractibus bonę fidei exuberantior bona fides requiritur, quam in contractibus stricti iuris, cum in eis non solum veniant, quæ verbis expressa sunt, sed etiā quæ ex bono & æquo præstari debent, §. vbi dicitur. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet. Instit. de oblig. & cons. sic est ibi text. apertus, *quem etiam ad hoc allegat Angel. sin penult. nota.*
4 † quod in contractib. bonæ fidei nō tantum venit, quod inter partes actum est, sed etiam id, quod æquum est venire, etiamsi nō fuerit expressum inter eas conuentum, licet secus sit in contractib. stricti iuris, vt ibi, & d. l. quicquid astringend. in princip. §. bonæ fidei, in princ. vbi dicitur: In bonæ fidei iudiciis libera potestas permitti videtur Iudici ex bono & æquo, quantum Actori restitui debeat. Instit. de actionib. per quem text. dicit ibi idem Ang. Nota, quod in bonæ fidei iudiciis æquitas multum operatur, & bonum & æquum est attendendum: licet enim omnes actiones desiderent bonam fidem. C. de actio. & obligatio. tamen contractus emptionis, venditionis, locati, conducti, pro suo, & alii enumerati in d. §. actionum, ideo dicuntur bonæ fidei. quia in eis bona fides requiritur, *vt dicit gloss. magna, in fi. in d. l. si dolo.* cum in eis veniant ea, quæ non sunt expresse conuenta inter contrahentes, sed tamen æquum & bonum est ea venire, & per hæc patet, quod diuisio Imperatoris in d. §. actionum, diuidentis actiones in actiones, bonæ fidei & stricti iuris sit, quamuis contractus stricti iuris etiam requirant bonam fidem, nō obstante, quod diuisio debeat fieri per species oppositas, vt aliud album, aliud nigrum, & sic videbatur, quod debuisset ita diuisisse: Actionum quædam sunt bonæ fidei, quædam malæ. Nam subtilis Io. Fab. ibi, in princ. respondet, quod Imperator, qui has diuisiones ad instructionem iuuenum adiuuerit, nō incepit hanc distinctionem penes vocabula, sed penes effectum, voluit enim dicere, quod actionū quædam magis exuberant, sunt largiores quam alię: & ideo bene ponit, quædā stricti iuris, vt inuolucro verborū ponat duas diuisiones, quædam sunt bonæ fidei, subaudi exuberantis, & largioris iuris, quædā bonæ fidei minus exuberantis, & stricti iuris, & primo membro vltimū membrum primæ diuisionis substituit, in secundo primū & secundum expressit, nec voluit, nec potuit subdistinguere per opposita, quod aliquæ bonæ fidei, aliæ malæ fidei, cum nulla sit malæ fidei. *d. l. bonam fidem.* Item in contractu debet interuenire bona fides duobus temporib, scilicet ab initio & tempore cōntractus. Item tempore quo impletur contractus, & in illo secundo actu intelligitur bona fides, & obseruatio eius, quod est actū inter contrahentes, secundum naturalem æquitatem, & iuris ordinationem: naturalis enim æquitas est attēdenda, circa ea quæ non sunt iure expressa, & de hoc dicit Bal. in d. l. bonam fidem esse exemplum, *in d. §. in bonæ fidei, in d. §. fin. Instit. de oblig. ex cons. in l. bona fides, in princip. ff. depositi.* Item certum est, quod in fauorem alicuius constitutum, vel factū est, in eius læsionem retorqueri non debere. *l. quod fauore. C. de legib.* & ille tex. præcise facit ad propositum, secundum tertium intellectum ibi traditum per gl. secundū quem etiam Bart. ait, in contractu, scilicet, † quod illud, quod 5
est in contractu inductū in fauorem alicuius, nō debeat in eius odium, siue læsionem redundare, & dicit ibi in specie Paul. de Castr. quod hæc lex tertio possit intelligi in verbis contractus, si aliqua clausula sit opposita in fauorem vnius ex contrahentibus, vt in l. ea lege, in princ. ff. loca. in d. eu in l. ea lege, deciditur pactum appositum pro ipso locatore, & ita in eius odium non debeat interpretari, vt sibi noceat, & per consequens pactum, vel clausula appositum, vel apposita in contractu empti & venditi, pro venditore non debet interpretari, vt ei noceat, *& idem probatur in l. nulla, quæ etiam habet locum in contractibus. ff. de legibus.* Item sicut æquitas non scripta præfertur rigori non scripto: ita æquitas scripta in genere, scilicet neminem locupletari cum alterius iactura. *l. nam hoc natura. ff. de cond.* inde præfertur rigori scripto in genere. *l. placuit, & ibi DD. C. de iudiciis,* sicut etiam † quando 6
ambo sunt scripta in specie, æquitas in specie scripta, præfertur rigori in specie scripto, *secundum DD. vbi supra,* licet rigor scriptus in specie præferatur æquitati scriptæ in genere. *l. 1. & ibi Legista, iuncta d. l. nam hoc natura,* & ista regula, quod æquitas sit præferenda iuri scripto, fallit. C. nisi ius esset scriptum, & æquitas non. *l. 1. secundum intellectum Bartol. ibi, C. de leg. l. prospexit. ff. qui & à quibus,* vel nisi æquitas esset in genere scripta, & rigor in specie, habet etiam locum in contractib. quia etiam in eis præfertur æquitas rigori contractus, *l. 2. ibi, hinc vide, & ibi Bald. in l. 1. notab. Refert & sequitur D. Ias. in d. l. placuit, in fin. 2. col. vers. Item extende istam regulam,* & dicit text. in c. fin. ad fin. notab. In his vero super quibus ius non inuenitur expressum, procedas æquitate seruata, semper in humaniorem partem declinando, secundum quod personas, loca, & causas postulare videris. † Iudex enim semper æquita- 7
tem præ oculis habere debet. *l. quod si Ephesi, in fi. ff. de eo, quod cert. loco.* & bene facit text in l. 2. §. item rarus, in fine, dum inquit: Hæc æquitas suggerit, etiamsi iure stricto deficiamus. ff. de aqua plu. arcenda.

Præterea † illud habetur pro expresso, nedū in legib. 8
& statutis, sed etiam in conuentionib. & rescriptis, quod

Veri-

verisimiliter fuisset statutum, si de eo fuisset agitatum, *gloss. est notab. & approbata, in leg. Tale pactum. §. final. in gloss. mag. ibi, item nota id esse de iure, de pactis, quam etiam in 2. notab. multum notat Dom. Ias. & dicit eam menti tenendam, & pro ista gloss. secundum Dominum Ias. in dict. § final. bene facit tex. in l. Titius. §. Lucius ff. de liber. & posthum. & in l. final. Cod. de posthum. hæred. instit.* Ex quibus omnibus iam inferri videtur, quod cum hic simus præcise in contractu bonæ fidei, emptionis scilicet, & venditionis, in quo etiam ex æquo, & bono veniunt ea, quæ non sunt expressa, periniquum esset præfatam clausulam in conuentione positam scilicet: Jedoch daß jm seine angewandte schein-liche besserung/ꝛc. solum interpretari secundum intentionem N.N. cum huiusmodi clausula in tali conuentione in fauorem ipsius, max. N. venditoris posita, & secundum intentionem emptoris, vt ostensum est, redundaret in eius odium & læsionem, & venditor etiam habeat pro se æquitatem saltem in genere scriptam. Dato etiam, quod emptor haberet pro se rigorem iuris in genere scriptum, *de quo in dict. l. Quicquid astringend. in princip. & in leg. Veteribus. ff. de pactis, & in leg. Labeo scribit. ff. de contrahend. empt.* Et verisimile est, imo certum, si tempore sæpenominatæ conuentionis fuisset cogitatum, & N. N. interrogatus de isto casu, quod illud expressis, & specificis verbis fuisset statutum, & in conuentione positum, &c. responsionem, siue decisionem ad secundam quæstionem datam, fore & esse Iuri & æquitati cōformem, præcipue etiam attento, quod verba sæpe præfatæ clausulæ bene etiam patiuntur interpretationem venditoris, & tali interpretationi non repugnent. Non obstante, quod pro parte emptoris sit adductum, quod illa vtilitas domus sit periculosa, & forte non perpetuo duratura, cum illud non attendatur regulariter in emptione & venditione: Sed vtilitas quæ est de præsenti, potissimum cum etiam possibile sit eam durare, & crescere, & alias periculum rei venditæ ad emptorem regulariter pertineat perfecto iam contractu *l. Illud. l. Necessario, &c. Et per totum illum titulum. ff. de peric. & commod. rei vend. l. 1. Cod. eod. tit.* Ex quibus plus sequitur, quod boni & honesti viri eligendi ad pronunciandum super einscemodi vtilitate domus, habeant pronunciare, & arbitrari secundum intentionem venditoris, & ita secundum æquitatem prædictam. *l. Si libertus ita iurauerit. ff. de oper. liberto.* l. Si in lege locationis, in princip. vbi dicitur: In lege locationis comprehensum est, vt arbitratu domini opus approbetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum esset, idemque seruaturum si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit, nam fides bona exigit, vt arbitrium tale præstetur, quare viro bono conuenit, &c. ff. Locati.

THEMA CONSILII XCVII.

Testamentum patris conditum inter liberos non valet, si vnum ex filiis in eo præteriit, non exhæredando, vel instituendo: vel si vnum ex causa non sufficienti exhæredauit.

SVMMARIA.

1 *Testamentum patris inter liberos valet, si est factum coram duobus testibus, non attentis solennitatibus Iuris ciuilis.*

2 *Pater si in testamento vnum ex filiis præterit, eius testamentum non valet ratione præteritionis.*

3 *Pater debet aliquid relinquere filio in testamento iure institutionis, alias filius potest testamentum dicere nullum, vel contratabulare.*

4 *Pater hodie non potest exhæredare filium, sine causa expressa, in §. Aliud quoque.*

5 *Simplex dilapidatio non est sufficiens causa ad exhæredationem filij.*

CONSILIVM XCVII.

Domini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter & mature ponderatis, & consideratis contingentia facti quæstionibus motis, & copiis vltimæ voluntatis validi N. N. in Christo defuncti, & duorum recessuum literis A.B.C. signatorum, in primis est vidēdum, vtrum huiusmodi vltima voluntas fuerit de iure valida, pro tanto, quod obligauerit N. filium testatoris ex prima vxore natum, ad obseruantiam etiam Articuli in ea contenti, ita incipientis: Item so die allmechtige Gott mir Anna mein Tochter/ꝛc Et omissis superfluis, arbitror prædictam vltimam voluntatem in puncto Iuris non valere iure testamenti, & per consequens N. ad obseruantiam præfati articuli non obligari. Nam † quamuis testamentum ob defectum solennitatis 1 numeri testium, vel alterius à iure requisitæ, inter liberos conditum de iure valeat, cum in ea sufficiant duo testes, vel quod sit scriptum manu propria patris vel subscriptum. *leg. Hac consultissima. §. Ex imperfecto, & Authentica, quod sine, ibi posita. Cod. de testamentis, Authentica, Si modo Cod. Famil. hercisc.* Et est ratio, quia in tali testamento condito inter liberos non attenditur dispositio Iuris ciuilis, sed huiusmodi solennitates sunt introductæ de Iure ciuili, *vt dict. leg. Hac consultissima. & §. Per nuncupationem, cum vulgar.* sed attēditur solum ius gentium, & si attendenda est voluntas patris, an sit perfecta, an non. Et hic non solum interuenerunt duo testes, sed etiam est scriptum manu propria patris; Ergo, &c. Tamen istis & aliis non obstantibus, responsio supra data videtur de iure vera, pro cuius declaratione breuiter est præmittendum. Quod † si 2 pater condiderit testamentum etiam interuenientibus solennitatibus à iure requisitis, in quo institueret etiam filios hæredes, vno tamen præterito, in potestate eius constituto, quod tale testamentum ratione præteritionis non valeat. *leg. Filio præterito. ff. de iniust. rup. & irr. testam. l. 1. in fin. ff. Si tabulæ testa. null. extabunt*, dicitur enim esse contra naturam tale testamentum, *iuxta l. Scripto. ff. Vnde liberi.* Et sic isto casu secūdum Doct. est in effectu Iuris naturalis, quando in testamento patris filius est præteritus. Item est exploratissimi iuris, quod de substantia testamenti conditi à patre sit, quod instituat filiū hæredem, vel eum exhæredet. *l. Gallus. §. In omnib.* & l. Inter cætera, vbi dicit Iureconsultus: Inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius de liberis hæredibus instituendis, & exhæredandis, ne præteritis istis rumpatur testamentum, namq; filio qui in potestate est, præterito, inutile est testamentum. ff. de liber. & posthum. & sic filius dicitur proprie præteritus, qui nec est institutus, nec nominatim exhæredatus, *& d. l & l. Posthumo, quē text. ibi ad hoc notant Paul. de Cast. & Moder. C. de bonor. possess. contra tabul.* & est text. ad literam in §. Eadem, vbi dicitur: Eadem hæc obseruantur, & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, nec hæredib. institutis, (neque, vt oporret) exhæredatis, prætor pollicetur. Instit. de hæred. quæ ab intest. deferuntur. Et ideo licet pater faciat mentionem de filio in testamento, non tamen ipsum instituendo, vel exhæredando, nihilominus dicitur præteritus. *l. Quidam, & ibi Bart. in fi. C. de fideicommiss.*

Item plus est præmittendum, quod prædicta pro tanto procedūt, † quod si pater fecerit mentionē de filio in 3 testamen-

testamento suo, etiam relinqueodo ei aliquid, non tamen titulo institutionis; quod tamen adhuc dicitur prçteritus, & quod potest tale testamentum contratabulare, vel dicere ipsum nullum. *leg. Ita tamen.* §. *Qui rogatus. ff. ad Trebellian. leg. si filius. ff. de haredi. institu. & probatur per dict. l. Inter catera*, & est hodie de iure nouissimo Authenticorum indubitatum, quod disponit legitimam relinqui filio titulo institutionis §. *Aliud quoque, in Authentico, & cum de appellat. cognos. colla. 8. gloss. in Authentica, Nouissima, in verbo, Titulo, in princip. per dict. §. Aliud quoque, & ibi communiter sequuntur dd. licet Iason ibi teneat contrarium, & male. Cod. de inoffic. testament. Et hoc idem tenet Dominus Iason sibi contrarius, in dict. l. Filio praterito, & in dict. l. Inter catera, in 3. notabili, & in dict. l. Posthumo, in versicul. Tertio nota ex hoc text.* Imo si filius non fuerit institutus in primo gradu, licet sit substitutus hæredi scripto vulgariter, tamen adhuc dicitur præteritus. *leg. Ex facto. § Lucius. ff. de vulg. & pupill. substitut. dict. l. Si filius, vbi est text. notab. & qui non est alibi secundum Baldum ibi. ff. de heredi. institu.* Insuper est præmittendum, quod licet hodie de iure nouissimo Authenticorum, ex causa præteritionis, vel exhæredationis, siue causa testamentum patris sit nullum, quantum ad institutionem, licet legata teneant, *Authentica, ex causa, & in corpore vnde sumitur. Cod. de liber prater. vel exheredat.* tamen ad hoc procedit, quando legata, vel fideicommissa fuerint relicta ab hærede instituto in testamento, in quo filius est præteritus, secus si fuerint relicta à filio præterito. *dict. l. Quidam, vbi de hoc est text. ad literam*, & in dict. leg. 2. vbi dicit Iureconsultus: Ex filio præterito, licet suus hæres erit, fideicommissum relinqui non potest. ff. de legat. 3. Nec ista iura sunt hodie correcta per d. Authenticam, ex causa, quando scilicet legata vel fideicommissa sunt relicta ab ipso præterito met, *secundum Bartol. Saly. & Dom. Ias. in dict. l. Quidam, & Bartol. in dict. l. 2. Bald. & Ange. in l. 1. Cod. de bonor. possess. contra tabul. & Paul. de Castr. in dict. l. Filio praterito.* Nec isto casu conseruantur legata, seu fideicommissa relicta ab ipsomet præterito, per clausulam Codicillarem, *vt pulchre declarat Bartol in l. 1. in 5. quast. ff. de iure Codicil. Bald. Ange. & D. Ias. in d. l. Quidam.*

Vltimo est præmittendum, quod licet pater olim poterat sine omni causa exhæredare filium, cum etiam poterat exhæredare posthumum, qui non poterat causam
4 ingratitudinis committere, hodie tamē † de nouissimo iure, parentes non possunt exhæredare filios, nisi nominatim in testamento exprimant ad minus vnam ex causis exhæredationis, quæ ponuntur in dict. §. Aliud quoque, & sunt 14. quæ in d. §. enumerantur, dicit enim text. in d. Auth. non licet parentiali quem ex liberis exhæredare, vel præterire, nisi is probetur ingratus, & ingratitudinis causam nominatim inserat testamento, causæ vero noua constitutione sunt comprehensæ quatuordecim. C. de libe. præter. & exhær. Et dicit text. in dict. §. Aliud quoque, ante enumerationem huiusmodi causarum: Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant indicari diuersis legibus & dispersas, & non aperte declaratas inuenimus, quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem visæ sunt, aliquæ vero cum essent dignæ, prætermissæ sunt: Ideo necessarium esse prospeximus, eas nominatim præsenti lege comprehendere, vt præter ipsas nullas liceret ex alia lege ingratitudinis causas exponere. Et sic exhæredatio facta à patre absque specifica insertione vnius causæ ingratitudinis ex enumeratis in d. §. Aliud quoque capitulum, nihil valet, & filius dicitur præteritus in testamento patris, *secundum Docto. in d. Auth. Ex causa*, & hæres scriptus tenetur probare hodie talem causam exhæredationis à patre nominatam & specifice expressam, *d. §. Aliud quoque.* Ex quibus omnibus iam patet, cum validus N. N. filium suum Ioan. in suo testamento præterierit, cum eum nec hæredem in aliquo instituerit, nec iure & legitime exhæredauerit, licet de ipso fecerit mentionem in eo relinquendo ei, sicut aliis filiis suis, seine Gerechtigkeit an seinen Lehengütern N vnd N. non tamen titulo honorabili, hoc est titulo institutionis. Nec exhæredatio fuerit legitime & iure facta, nō obstantibus illis verbis in testamento positis, scilicet: Vnd N. N. durch seinen vngehorsam hyr my alle tydt gewest / ock mercklicke summa meines Gudes vormals böslich verbracht daran keine gerechtigkeit hebben soll. &c. cum ista verba non exprimant vnam ex præfatis causis, neque aliquam grauem, vel grauiorem, vt patet discurrendo singulas. Nam † simplex dilapidatio non est sufficiens 5
causa: etiamsi probetur ad exhęredationem filiū, vt claret ex text. ibi, dum inter cæteras causas illam ponat, scilicet si delator contra parentes filius extiterit, & per suam delationem grauiora dispendia fecerit sustinere, clare infertur decisionem supra datam in puncto iuris esse veram, & ita primo testamētum præfati N. ratione præteritionis N. filii fore & esse nullum. Itē & secūdo, patrem de iure non potuisse ei imponere, ei tanquam præterito onus maritandi filias ipsius testatoris pro sua parte, & per consequens, quod dictus N. tanquam præteritus, nec legitime exhæredatus, potuisset pro sua parte cum fratrib. & sororibus suis successisse in bonis paternis, per quæ vltimo infertur, quod filii secundi matrimonii non possūt de iure conqueri, quod per transactionem, de qua in litera C. fuerint læsi, ex eo, quod mater eorum diceretur venisse contra testamentum.

THEMA CONSILII XCVIII.

Præsens & tacens, qualiter & quando in sui præiudicium intelligatur consentire, & quomodo scientia cum aliquo actu vel patientia diuturno quis ius suum intelligatur remisisse.

SVMMARIA.

1 *Præsens & tacens regulariter non intelligitur consentire in suum præiudicium fallit ratione coniunctionis sanguinis.*

2 *Non approbare est improbare.*

CONSILIVM XCVIII.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Stante contingentia facti mihi exhibita in veritate, omissis & resecatis superfluis, breuiter respondeo, Actores petentes partem bonorum feudalium à patruo, quæ in vita patris eorum longo tempore solus possederit, & de eisdem bonis feudalibus, sciente & patiente fratre præmortuo, Actorum patre, solus inuestituram à domino directo obtinuerit, contra patruum obtinere nihil posse, nec beneficio rest. in integrum hoc casu adiuuari. Et quod prędicta responsio sit vera & iuri conformis, omissis, & resecatis omnibus superfluis, ex sequentibus apparebit. Nam licet Actor pro se prima fronte fundatam intentionem videatur habere. *cap. 1. de successio. feud. & cap. 1. de gradu suc. in feud.* Tamen ex quo patet Rei N. N. ex certa scientia, & de volūtate fratris sui N. N. patris Actoris N. N. de prædictis bonis à dominis feudorū solum inuestitus fuerit, & viuente fratre ea tanquā sua propria bona feudalia. Imo optima fide plus quam triginta annis huiusmodi iusto titulo inuestituræ scilicet tantum possederit, clarius claro est, quod in vita sua acquisiuerit dominium eorundem, cum decem vel saltem viginti anni suffecissent propter titulum inuestituræ.

l. Nullo.

l. Nullo. Cod. de rei vend. l. Diutina. l. Longi temporis. Cod. de præscript. long. tempor. leg. Si quis emptionis in princip. Cod. de præscript. 30. anno. & præscriptio longissimi temporis cum bona fide etiam sine titulo parit exceptionem, etiam contra dominum, *dict. l. Si quis, §. Quod si quis, cum ibi nota.* Sed de hoc in præsentiarum non est latius insistendum. Nam cum pater actoris N. N. voluerit petere renouationem inuestituræ sæpetactorum bonorum feudalium à dominis feudi, & quod de eius certa scientia & voluntate frater suus N. pater Rei, propterea pro se & suis filiis masculis, &c. tantum receperit inuestituram de iisdem, N. intelligitur expresse in hoc consensisse, quod N. frater eius solum de eis inuestiretur, & per consequens dimidiam suam ipso tanquam fratri titulo donationis assignasse,
1 potissimum atteotis diuitiis ipsius N. Nam † licet sit regula, quod vbi agitur de præiudicio alterius, scilicet de amittendo rei suæ, vel alio, nō tamen de obligando ipsum personaliter, quod præsens & tacens non videatur consentire, sed contradicere, *vt probatur in leg. Qui vas. §. Vetare. ff. de furtis, & facit quod notatur in leg. Caius. ff. de pignor. actio. & hanc regulam ponit Innoc. in cap. Genesi, de electio. Bartol. & Legista, in leg. Quæ dotis ff. Solut matrimon. & gloss. in Regula, is qui tacet, de reg. iur. in 6.* & procedit illa regula secundum aliquos dd. nedum quando quis contradicendo poterat impedire, quod agitur, sed etiam vbi quis contradicendo poterat impedire, cum quis in dubio non præsumatur velle præiudicare iuri suo, & iactare suum. *leg. Cum de indebito ff. de probatio. cap. Super hoc, de renuncia.* Tameoista regula non procedit ratione cōiunctionis sanguinis, nam propter eum tacens habetur pro consentiente, etiam in præiudicialibus, & ita in amissiooe dominii rei suæ. l. Si seruus cōmunis. ff. de dona. inter vir. & vxo. vbi dicitur: Quod tres erant fratres, qui habebant seruum communem, & quod vnus ex illis huiusmodi seruum communem eorū aliis præsentibus, & tacentibus vxori suæ donauerit, deciditur ibi valere huiusmodi donationem, respectu tacentium, quia ratione proximitatis, licet agatur de præiudicio eorum, amissioois scilicet dominii in seruo communi, per eam consentire videntur, *per quem ita dicit Bartol. in leg. Quæ dotis, in 5. colum. versicul. Secundo casu, ibi, fallit ratione coniunctionis, quem text. etiam ad hoc allegat tanquam notab. Panorm. in cap. Nonne, post princip. 2. colum. in versicul. Prima, quod ibi agitur,* & Felin. *in fin. 4. colum. versic. Fallit secundo,* subiungeos: per illum text. limitari posse omnes casus, in quibus dicitur tacentem non obligari, de quibus ibi late per eum, de præsumpt. Et accedit notab. decisio Bart. in l. Inter omnes. §. Recte, *in 1. colu. vers. Iuxta hoc quero,* vbi dicit: Quod si passus furtum excusat furem, dicendo, quod fecerit se non inuito, sed volente, quod non prosit Reo, nisi sit amicus, vel consanguineus. ff. de furtis. *Bald. in leg. Si fine, in 3. quæstio. Cod. ad Velleia.* Nec obstat si diceretur, quod N. N. non fuerit præsens, quando N. frater suus fuerit pro se tantum in prædictis bonis inuestitus, sed quantus geritur etiam nomine absentis tendens in præiudicium eius, tunc licet simplex scientia superueniat, & ipse expresse non improbet, tamen non
2 dicitur approbare, quia † non approbare est improbare. *leg. Procurator, in fin. ff. Rem ratam haberi.* Et ita expresse dicit Panor. in d. c. Nonne, ante fioem, & ante eum Bart. in l. Quo enim. ff. Rem rat. habe. vbi expresse dicitur: Quod si post actum gestum absente me superueniat sciētia absentis cum taciturnitate, qood istud non sit approbare, quando Actus est præiudicialis. Quia in terminis nostris non solum interuenit simplex scientia, patientia, & volontas N. N. sed etiam expresse tenuit inuestituram à dominis feudi, & ita aperte consensit, vt frater suus peteret inuestituram pro se tantum, &c. & per consequens abdicauit à se penitus huiusmodi bona, ex quo noluit habere in feudum à nobilib. eius à N. secundum opinioοem Bart. in d. l. Quæ dotis, quæ supra adducta est, quod scilicet quando agitur de iure reali alicuius, qood tunc tacens & præsens intelligatur consentire, si poterat Actum impedire contradicendo, quod ibi tenet Bart. expresse, *in penult. colum. versic. Si vero contradicendo poterat impedire.* Nec obstat tex. secundum eom in l. 2. C. Si res alie. pigno. data sit, quæ requirit, vt præsens taceat fraudulenter, vt habeatur pro consentiente, quia suppleri debet ibi maxime, &c. *Et idem habetur ibi in Apostilla ad Bartol. & Saly. in d. l. 2.* Imo quādo Actus est gestus in absentia alicuius, & etiam agitur de obligando ipsum personaliter, & superueniat scientia cum aliquo actu, vt cum receptione literarum vel instromenti, vt si dominus recipiat literas vel instrumentum de actu gesto, tunc non improbare est approbare. *leg. Si filius. ff. Ad Maced. Clem. 1. de procurat. & ita expresse dicit Panorm. in d. c. Nonne, in fine.* Et in præsentiarum vbi agitur de iure reali N. N. simpliciter noluit sæpedicta bona à dominis à N. in feudum tenere, sed quod frater eius ea ab ipsis acciperet, & in feudum teneret, & ita in effectu N. fuit exclusus propter expressā suam voluntatem, & lapsum temporis 30. & plurium annorum. Et prædicta confirmātur ex decisione gl. in c. 1. in verbo, Permissione, ibi, sed quid si eo sciente, de prohi. feu. alie. per Lothar. nam vult ibi, *licet Fel. in dict. cap. Nonne in lucrentur, allegat eum in contrarium,* quod scilicet scientia domini sine contradictione de alienatione feudi facta per vasallum operetur consensum domini. *Et hanc gloss. sequuntur ibi And. de Isern. Aluar. & in effectu Bald. & Prepo. Alexand. in cap. fi. in 42. conclus.* Quanto magis N. N. de consensu fratris sui fuit in totum de sæpetactis bonis inuestitus, cum frater suus hoc non tantum sciuerit, sed ea bona à dominis à N. nullo modo in feudum recipere voluit. Et ita est sine dubio, quod in partem N. N. N. scilicet viuente adhuc patre Actori N. fuerit vtile dominium prædictorum bonorum feudalium in solidum trāslatum, & frater suos ab eis exclusus, nec potest A. opponi à N. N. gloss. in l. 1. ff. Si ager vectigal. vel emphy. quæ vult, quod exceptio Caoonis non soluti non possit opponi à tertio Emphyteute agenti, &c. Nam in proposito nostro constat de dominio rei, & quod dominus feudi inoestiuerit patrē suum, de prædictis bonis, &c. Ex quibus iam plus quam liquido sequitur, N. N. contra contractum patris sui, vel exclusionem eius, seu non petitam inuestituram ab eodem, non posse petere restitutionem in integrum, quia solum dator si competit minorib. sua facilitate in factis, seu actib. propriis, vel quando quid ipsi non fecerunt, quod facere debuerunt, sint capti, siue læsi, restitutio in integrum, & contra facta vel omissa à patre, vel ab eo cui succedunt, cum tale ius petendi, scilicet restitutionem in integrum, defuncto non restituuntur. *leg. Minoribus Cod. de in integr. restitut. l. 2. leg. Verum. §. Sciendum, cum similibus. ff. de minorib.* Et quamuis si pater alienet licite cum consensu domini feudum antiquum, sine tamen consensu filii sui, quod filius possit talem alienationem reoocare, & ita feudum à possessore recuperare, oblato precio, etiam in vita patris, tamen illa recuperatio debet fieri infra annum à die scientiæ, cum alienatio facta est in remoriorem agnatum, & post anoum excluditur. §. Titius filios, in fine, vbi dicit, quod si consensit alienationi, vel per annum ex quo sciuit tacuit, omnino remouebitur, & hoc sine omni dubio, quaodo alienatio facta in remotiorem agnatum, si de feud. controuers. fuer. inter dom. & agnat. vasalli. Ex quo clare infertur, quod etiam in casu, qui

qui tamen non est, potissimum cum N. N immiscuerit se hæreditati paternæ, potuisset recuperare dimidiam partem præfatorum bonorum feudalium ab N. filii N. à N. quod tamen iam omnino exclusus est à tali recuperatione, non posset petere restitutionem in integrum aduersus omissam reuocationem, seu recuperationem, dato non tamen concesso, quod esset intra quadriennium restitutionis in integrum, ex quo ipse omisit huiusmodi reuocationem infra annum à die cöpleti vicesimi quinti anni ætatis suæ, sed permisit labi tres vel quatuor annos, cum certissimi iuris sit, quod minor qui compleuit annum vicesimum quintum ætatis suæ in his, quæ faciat infra quadriennium, vel omittat, nõ habeat beneficium restitutionis in integrum, & sic, quæ facit infra tale quadriennium, contra illa non potest petere restitutionem in integrum, *glo. est singu. quam ibi multum notat Bart. in l. fi. C. de temp. in integr. restit. petend. & est de hoc tex. nota. ad literam in l. Doli mali, in vers. Diuersum est, la 2. & ibi Legistæ. C. de noua.* licet illud fallat in casu singulari *l. fi. C. de repud. hered.* qui tamen casus nihil ad propositum nostrum, vt patet, per quæ iam satis patet veritas responsionis supra datæ.

THEMA CONSILII XCIX.

Qualiter transactio siue renunciatio mulieris, constante matrimonio facta, illi non præiudicet in dote, donatione propter nuptias, & in successione sibi ex statuto ex bonis mariti debita, siue per expressum, siue tacitum consensum sit firmata, dummodo iuramentum non interuenerit.

CONSILIVM XCIX.

DOmini nostri Iesu Christi auxilio suppliciter implorato. Diligenter visis & ponderatis contingentia facti, vna cum copiis transactionum, & contractus sponsalitii mihi transmissis, ad quæstiones propositas breuiter respondeo. Et primo, cum strenuus A. de B. pie in Christo, vxore sua vidua post se relicta, sit defunctus, prædictam viduam ex bonis eiusdem petere posse omnia illa, quæ de iure & consuetudine Marchionatus B. & Ducatus M. viduis relictis ex bonis mariti debentur. Non obstantibus transactionibus mihi transmissis, cum prędicta vidua per huiusmodi transactiones allegatas non potuerit aliquo modo obligari, nec illi præiudicari: cum enim contulerit ad maritum prædefunctum amplissimam dotem, excedẽtem summam quatuor millium flor. constante matrimonio etiam donationi propter nuptias. Expediti enim iuris est, quod mulier constante matrimonio non possit cõsentire marito suo, nec in alienationem donationis propter nuptias, nec dotis, ita quod ex isto consensu eius post mortem mariti, nullum penitus præiudicium ei generari possit. *leg. Iulianus. ff. de fund. dota. Auth. Siue à me, vt dicit text.* In hoc ergo contractu mulieri consensus nihil proficit, & in fine ibi, & multo magis idem in dotibus locum habet. *Cod. ad Velle.* Nec obstat si diceretur, quod tex. in d. Auth. Siue à me, loquatur in re immobili, dum dicit: Quod ex ea est immobile, nam secundum Bartol. ibi hoc verbum immobile, in princip. Authenticæ positum, non intelligitur repetitum in dote. nam si sit res mobilis, quæ seruando seruari potest, vt est pecunia, tunc secundum Docto. idem est in ea, quod in re immobili, & ita communiter tenent Legistæ, quod idem sit in rebus mobilibus, quæ seruando seruari possunt, quod in immobilibus, & in casu, quo valet alienatio donationis propter nuptias, tamen vxor pro-

uidebatur de aliis bonis mariti, vt notat. in d. Authentica, Siue à me, & prin. d. Authenticæ, Siue à me, quod loquitur in donatione propter nuptias, non habet locum in dote, quia si mulier millies consentiret, non præiudicaret sibi, *secundum Docto. in dict. Auth. Siue à me, & ibi pulchre Cy. ante fin.* Præterea non apparet in prædictis transactionibus, quod relicta vidua aliquo modo se ad obseruantiam transactionis astrinxerit, vel obligauerit, sed est tantum confessio ipsius mariti defuncti, qua ipse profitetur vxorem suam velle contentam esse vsufructu bonorum relictorum, vt apparet ex verbis transactionis ibi, **Daß sich mein Haußfraw wil genügen lassen an S als ihter Leibzucht.** In quib. verbis nulla nec obligatio, nec renunciatio comprehenditur, & etiamsi contineretur expressus consensus, tamen nõ posset præiudicare ex causis supra cõmemoratis, cum cõsensus mulierum in alienatione rerum dotalium, & donationis propter nuptias, sit ipso iure nullus, & nequaquam obligatorius. Quod nedum locum habet in iure ciuili, sed etiam de iure Canonico, nisi iuramentum vxoris interuenisset. *cap. Cum contingat, de iure. c. Licet Mulieres, eo tit. in 6.* Ex quib. omnib. satis apparet, prædictæ viduæ nullũ præiudicium ex hoc generari, si diceretur, eam per receptionẽ transactionis, & quod eandem penes se vsq; ad obitum mariti tenuerit, & seruauerit, intelligi eandẽ approbasse, & ratum habuisse. Nam licet generaliter accipiens literas ab alio, & retinens eas, videatur approbare in eiuscemodi literis vel scriptura cõtenta *l. Si filiusfamilias. ff. Ad S. C. Macedo.* Et hoc maxime procedit in cõiunctis personis, & ita ratione cõiunctionis, in quibus terminis loquitur d. l. Si filiusfamilias, scilicet in literis missis à filiofamilias patri. Vir autẽ & vxor sunt maxime coniunctæ personæ *leg. fin. versi. Cum autem in confinio ibi, quia lex ita atrocem actionem dare inter personas ita sibi coniunctas, erubuit. Cod. de furt.* & est text. nota. licet vulg. in Clem. 1. de procurat. vbi deciditur, quod recipiens scienter literas, seu instrumentum procurationis, teneatur dominum defendere, & quod amplius recusare non possit. Tamen quia, vt prius deductum est, cum sępedicta vidua etiam per expressum consensum sibi in dote & donatione propter nuptias non potuerit aliquid inferre præiudiciũ: Multo minus aliquid in proposito poterit operari tacitus consensus receptione literarum resultans, maxime cum non appareat eam contenta in transactione satis intellexisse, nec eam subscripsisse, quod tamen ea ignorante, & absente in transactione positum est, ex quo facile colligi potest, eam nec tacite approbasse prædictam transactionẽ, sed illam ad se ob reuerentiam mariti recepisse, quæ reuerentia eam excusat, *vt patet per text. in leg. 1. § Quia onerandæ, cum ibi notat per gl. & Bartol. ff. Quarum rerum actio non datur.* Porro si ex consuetudine præscripta, & approbata Marchionatus B. debetur vxori ex bonis mariti, & pecunia eius numerata dimidia pars, tunc etiam per expressam renunciationem nõ excluderetur ab illa futura successione sibi per statutũ, vel consuetudinem deferenda, nisi iuramentum interuenisset. Expressi enim iuris est, quod nedum pactum affirmatiuum de futura successione, sit inualidum. *l. Pactum quod dotalib. Cod. de pact. l. Ex eo. C. de inutilibus stipulatio.* sed etiam pactum de non succedendo, si non fuerit iuramẽto renunciantis libere præstito sine omni dolo, vi, vel metu firmatum sit nullius momenti. *l. Pactis dotalib. C. de coll. cum concord. ibi in gloss. allegat.* Præterea etiam viduæ non nocet in aliquo secunda allegata transactio, de qua inter filios viduæ & ipsam tractatum est, cum non sit consensu partium perfecta, & pro conclusa habita: quod enim imperfectum est, nullum est, *leg. Hac consultissima. §. fi. C. de testa.*

Ex istis

Ex istis omnibus sequitur conclusio & responsio ad quæstionem propositam; Quod scilicet omnia bona vxoris soluto matrimonio per obitum mariti ad ipsam de iure perueniant. Expeditum enim est, quod de iure communi soluto matrimonio dos redeat ad vxorem, & donatio propter nuptias ad maritum, vel ad hæredes eorundem, nisi consuetudo, vel statutum loci aliud inducat, vel pactum de dote lucranda, vel donatione propter nuptias interuenerit. *cap. fin. de donatione inter vir. & vx. l. 1. cum simil ff. Solut. matr.* Cumq; vltra prædictam dotem A. de B. cum consensu domini directi constituerit vxori in bonis suis feudalibus post obitum suum vsumfruct. nec ab illo vsusfruct. percipiendo, vigore transactionum excludatur, sequitur eam retinere vsumfructum, & insuper etiam dimidiam partem pecuniæ à marito relictæ, si talis consuetudo in loco viget, vna cum illa parte, quæ per obitum vnius ex filiis ei delata est, petere posse, *iuxta Auth. defuncto, & in corpore vnde sumitur. C. ad Tertull.*

THEMA CONSILII C.

Qualiter agnatus possit reuocare feudum alienatum sine suo consensu in extraneum, non obstãte præscriptione annali, nec etiam 30. anno. dummodo infra hoc tempus, viuente alienatore, declarauerit suum dissensum, & eo casu viuente agnato alienante, contra non consentientem non currat præscriptio 30. anno. Et qualiter consensus patris non præiudicet filio, quin post mortem patris possit reuocare feudũ ab agnato, etiam cum patris sui præmortui cõsensu alienatum.

Nam exploratissimi iuris est, quod si vasallus filium vel filios masculos non habens licite, cum consensu domini feudi scilicet, sine tamen consensu proximioris agnati, alienauerit feudum antiquum, quod erat reuersurum post mortẽ alienantis ad ipsum agnatum proximiorem, quod talis proximior agnatus viuo alienatore, tale feudum recuperare non possit, sed demum eo mortuo ipsum ab eo, in quem facta est alienatio, vel eius hæred. nullo precio restituto, reuocare possit; *vulg. ca. Titius filios masculos, in 1. respo. & ibi Feud. in tit. Si de feu. fue. conten. in. d. & ag. vasal. c. Hoc quoq; obseruandum, in tit. de suc. ceß. feud.* Constat n. in feudo paterno seu antiquo, consensum domini feudi, agnatis non consentientibus, ad quos tale feudum post obitum vasalli erat recasurum, præiudicari non posse. *c. 1. in tit. de alie. feud. pater.*

Nec obstat, si obiiceretur, quod si proximior agnatus à tempore scientiæ, quo sc. sciuit talem alienationem fuisse factam, per annum tacuerit, quod excludatur à tali iure reuocandi, cum isto casu habeat locum præscriptio annalis. d. c. Titius, in fi. dũ inquit. Quod si cõsensit alienationi, vel per annum, ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur: Oportet ergo secun. Bald. ibi agnatos multũ sagaces esse, ne patiantur labi tempus anni, alioquin silentio cõfirmabitur contractus. Nam iste tex. loquitur, vt ex eius serie patet, quando alienatio feudi antiqui pro parte fuit facta, ẽt in agnatum, remotiorem tamen, quod tunc sc. per annalem præscriptionem inducatur tacitus consensus proximioris agnati, nam isto casu ista agnatio & proximitas ipsius possidentis, & scientia proximioris agnati reuocare volentis, cõiuncta cum isto transcursu anni operantur illud, videlicet, quod proximior agnatus videatur tacite consentire alienationi factæ agnato suo. vt sic elapso anno à tempore scientiæ computando, non audiatur amplius ad reuocãdum. Si autem alienatio esset facta in extraneum; qui non est agnatus alienantis, vt in terminis nostris, proximior agnatus non excluderet anno, sed requirerentur 40. anni *per reg. l. Sicut. C. de præscrip. 30. vel 40. anno. secũdũ gl. in d. §. Titius. in verb. Per annũ, qu. ist i materiã ita magistraliter declarat q̃ ibi sequũtur Bal. & communiter Doc.*

Nec obstat, si diceretur, quod hic lapsi fuerint 30. anni à tempore præfatæ venditionis, seu alienationis factæ à N. da N. in ipsum N. de N. & ita in extraneũ, & per consequens, quod iam sit præscriptum præscriptione sc. 30. anno. iuri reuocandi huiusmodi alienationem contra N. proximiorem agnatum alienantis. Nam tunc regulariter huiusmodi iuri reuocãdi alienationem feudi antiqui factam in extraneum, seu actioni in factum, præscribitur 30. annis, quando sc. proximior agnatus tacuit, per quam quidem taciturnitatem tricennalẽ inducitur tacitus cõsensus ipsius proximioris agnati, sicut per taciturnitatem annalem inducitur tacitus consensus proximioris agnati, quãdo sc. alienatio est facta in remotiorem agnatum, vt patet per tex. in d. c. Titius filios, dum dicit: vel per annum eo quo sciuit, tacuit, quia in præsenti casu N. ab N. non tacuit, sed facta præfata alienatione, contradixit, & expressit se nõ velle consentire in huiusmodi alienationem, in qua voluntate se. non consentiendi, permansit toto tempore vitæ alienãtis, & sic nequaquã dici potest, q̃ per taciturnitatẽ trientalem voluerit cõsentire, cum apparuerit de suo dissensu, & per consequens expresse infertur, quod ipse N. proximior agnatus nullo modo sit exclusus præscriptione 30. anno. à reuocãdo sæpe præfatam alienationem, cum 30. anni nullo modo effluxerint à morte ipsius alienantis. Quod ostenditur vna ratione, nam impedito agere iuris impedimento, non currit præscriptio. *l. 1. Cod. de anna. excep.* Sed N. ab N. proximior agnatus, toto tẽpore quo vixit N. ab N. alienatus fuit iuris impedimento impeditus agere, & ita reuocare talem alienationem, ex quo alienatio fuit facta licite, interueniente scilicet consensu domini. *dict. § Titius. & d. ca. Hoc quoque obseruandum.* Ergo ei eo viuente, postquam scilicet contradixit, vel suum dissensum ostendit, non solum nõ potuit incipere currere præscriptio, sed multo minus compleri. Nec N. tanquã proximiori agnato potest præiudicare, si N. remotior agnatus consensisset in sæpenominatã alienationem, quia cõsensus agnatorũ vltimorũ seu remotiorum, non potest præiudicare præcedentibus seu proximioribus *dict. cap. 1. ubi, nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium quandoq; sit reuersurum, de alie. feud. pat.* Et nõ est dubium, quod N. possit eiusmodi ius suum reuocandi, siue actionẽ suam ad retractionem præfatæ alienationis sibi competentem, N. filio N. ab N. seruata forma iuris cedere, *vt patet per tot. tit. ff. de hared. vel actio. vend.* Nec N. obstaret, si pater eius N. consensisset in alienationem N. ab N. remotiore agnato suo factam, quia si agnatus consentiat alienationi feudi paterni factæ per agnatum suum, talis consensus non præiudicat filio suo, etiam post mortem patris, quin tale feudum alienatum reuocare possit & est ratio, quia filius nõ dicitur tunc venire contra factum patris, quia pater consentiendo non obligauit se, nisi pater obligasset se non venire contra, tunc enim filius non posset venire contra factum patris. *l. Ea quæ à pat. Cod. de test. mil. Ita tenent Bald. & Feu. in d. cap. Hoc quoque obseruandum.* Imo quod est fortius, posset attemptari, quod etiamsi N. ab N. non solum tacite & simpliciter consensisset huiusmodi alienationi, sed etiam ea se expresse obligasset, non cõtrauenire, & ipse esset mortuus, & filius eius N. immiscuisset se hæreditati paternæ, quod adhuc posset agere ad reuocationem huiusmodi alienationis, cõtra hæredes alienantis ex iure cesso, intentando

scilicet

ſcilicet vtilem actionem, cum ceſſionarius poſſit intentare vel directam actionem vel vtilem. Quod quidem cognoſcitur, qualem ſcilicet actionem inſtituerit ex concluſione libelli. Nam ſi ceſſionarius in concluſione libelli petat Reum condemnari procuratoris nomine, cedentis ſcilicet ſibi, tunc dicitur intentare directam, quia directam, quia directa adeo eſt affixa oſſibus cedẽtis, quod ab eo euelli non poſſit. Ideo tunc exceptio, quæ obſtaret cedenti, vt quia eſſet bannitus, vel excommunicatus, &c. obſtaret etiam ceſſionario. Si autem in concluſione libelli peteret Reum condemnari ſibi ſuo nomine, & ita ad ſuam vtilitatem, tunc cenſeretur vtilem intentaſſe, & ideo tunc exceptio quæ obſtaret cedenti, non obſtaret ceſſionario, *ſecundum Bartol. & dd. in l. Qui ſtipendia. Cod. de procur.* Nec opus eſſet conſenſu domini feudi ad huiuſmodi ceſſionem, quùm regulariter quilibet ea Iuris diſpoſitione poſſit alicui cedere ius ſuum. Tamen ad euitandũ omnes contentiones, conſultius eſſet, ſi N. ab N. propoſuiſſet reuocare ſæpe tactam alienationem, quod ſuo nomine ageret.

* * *

FINIS.

INDEX



INDEX RERVM AC VERBORVM, PRÆSENTIS CONSILIORVM LIBRI NOTATV MAXIME DIGNORVM.

A.

B.

C.

INDEX

INDEX

INDEX

Graduum

INDEX

7 4

INDEX

Scriptura

INDEX

Testatoris

INDEX

FINIS INDICIS.

